



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CIELO MARLENY OSORIO ZAMORA** 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 veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **CIELO MARLENY OSORIO ZAMORA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó ante la AFP Porvenir S.A., el 3 de enero de 1995; en consecuencia, solicita se condene al citado fondo privado, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo a su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir su afiliación; lo que resulte probado ultra y extra petita y condenar a las demandadas al pago de las costas procesales. (fl. 6 y 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 6 de julio de 1962; que empezó su vida laboral el 22 de agosto de 1979, siendo afiliada desde dicha calenda al otrora Instituto de los Seguros Sociales; que el 3 de enero de 1995, se trasladó de régimen pensional eligiendo como AFP a Porvenir S.A; que para efectos del traslado se le ofertaron beneficios tales como pensionarse a una menor edad y un monto pensional más alto; que al momento del traslado no se le informó la fecha límite para retornar al RPM; que no se le elaboró una proyección pensional; que el formulario de afiliación no presenta la información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión; que cuenta con un total de capital ahorrado para pensión en el fondo privado de \$156´714.682; que el 25 de julio de 2019, diligenció solicitud de traslado ante Colpensiones, la cual fue rechazada; que el 24 de julio de 2019, peticionó de la AFP la nulidad de afiliación, petición que fue negada el 5 de agosto de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedida de la expresión libre y voluntaria de la afiliada, sumó a ello, que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el numeral 2° de la Ley 797 de 2003 y tampoco es beneficiaria del régimen de transición que le permita trasladarse en cualquier tiempo entre regímenes pensionales. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (fl. 58 a 75).

A su turno, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al descorrer el traslado del escrito inaugural se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto de afiliación surgió como una decisión libre y voluntaria de la demandante, libre de presiones, acto jurídico que contó con el lleno de los requisitos que imprimía la norma al momento en que se celebró el negocio jurídico, sumó a ello, que no se dan los presupuestos para que se configure la nulidad del traslado, y que de advertirse tal situación, con el transcurrir del tiempo ya operó el fenómeno extintivo de la prescripción. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los de Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de diciembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A, el 3 de enero de 1995, con efectividad del 1° de marzo de la misma anualidad, para así entender como válidamente afiliada al RPM a la actora; **condenar** a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la promotora del juicio, tales como cotizaciones obligatorias y voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en el evento de haberse redimido, rendimientos financieros e intereses causados, sin lugar a descuento alguno; **ordenar** a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectuó Porvenir S.A., y proceda a activar la afiliación de la accionante como si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional, del mismo modo, actualizar la información de la historia laboral de la afiliada; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas; **condenar** en costas a las demandadas. (fl. Cd. 95).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en la forma en que fue redactado el escrito demandatorio, el mismo contiene negaciones indefinidas las cuales no le corresponden acreditar a la parte que promueve el juicio, y que, por el contrario, traslada ese deber probatorio a las enjuiciadas. Sumó a lo precedente, que el deber de información para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y que conforme el decantado y pacífico criterio sentado por el Órgano de cierre en materia laboral, el deber de información y buen concejo surgió desde el momento mismo de la creación de las AFP, mismo que no se acreditó en el devenir del proceso ni aun así del formulario de afiliación que fue allegado al informativo.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada, **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, inconforme con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anterior decisión, formuló censura y persigue la revocatoria de la sentencia proferida por el *a quo*, al considerar, en esencia, que no se puede generar una norma de estudio que se pueda aplicar a todos los casos de forma genérica, sino que debe estudiarse la situación de cada afiliado de forma concreta y específica, para el caso de autos, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se logra establecer que se le brindó la asesoría adecuada y se le puso en conocimiento las características propias de los dos regímenes pensionales, tales como devolución de saldos, semanas y montos para acceder a la prestación pensional, cumpliéndose así el deber de información que se contemplaba en las normas que se encontraban vigentes al momento de la suscripción del acto jurídico, sumó a ello, que se probó que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, satisfaciéndose así las previsiones normativas de la Ley 100 de 1993, sin que se pueda acreditar la existencia de vicio alguno que pueda decantar en la anulación o ineficacia del traslado. De otro lado, censuró la condena impuesta por concepto de gastos de administración, en tanto el negocio jurídico celebrado entre las partes contó con plena validez, y de accederse a esta pretensión se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de la accionante, ya que dichos gastos han cubierto los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada, desconociéndose la gestión desplegada por la AFP. Por último, afirmó que no resulta procedente la condena en costas impuesta al no acreditarse los presupuestos para declarar la ineficacia.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria y en acatamiento de las previsiones legales vigentes a la fecha de celebración del acto jurídico, sumó a ello, que la demandada Porvenir S.A., cumplió



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con el deber de información que se encontraba a su cargo; de otro lado, debe tenerse en cuenta la negligencia de la afiliada en sus deberes como consumidora financiera. Así mismo, señaló que debe tenerse en cuenta que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado previsto en la Ley 100 de 1993, y de accederse a su traslado se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, censura la condena formulada por concepto de costas procesales.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A**, allegó alegatos de conclusión en los que peticiona la revocatoria del fallo de primera instancia, al considerar, que el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cumpliendo así la AFP con el deber que le imponía la legislación vigente al momento de la celebración del acto jurídico de traslado, sumó a lo anterior, que el inconformismo de la accionante se centra en el valor de la mesada pensional a recibir, aspecto este que no da lugar a declarar la nulidad de la afiliación ni la ineficacia de la misma. Por último, cuestionó la condena por concepto de gastos de administración, los cuales, a su sentir, no son susceptibles de devolución ya que los mismos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993.

Parte demandada: A su turno la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** al descorrer el traslado para alegar de conclusión solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

al considerar que al interior del proceso no se acreditó la existencia de vicio alguno del consentimiento que pudiese decantar en la anulación del acto jurídico de traslado, sumó a ello, que la accionante omitió sus deberes de cuidado como consumidora financiera, por lo que no puede endilgarse responsabilidad alguna a la AFP.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 30 y 31 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 las demandas en los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por CIELO MARLENY OSORIO ZAMORA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA S.A., hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS



PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 28); registro civil de nacimiento (fl. 29); reclamación administrativa (fl. 30 a 33); petición elevada ante Porvenir S.A. (fl. 34 y 35); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 36); formulario de afiliación emitido por Colpatria S.A. (fl. 37); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 38 a 45); certificación emitida por Colpensiones (fl. 76); expediente administrativo (fl. 77); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 78 a 81); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 1 y 2 de la respuesta digital); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 6 a 11); comunicados de prensa (fl. 26 y 28 escrito digital).

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



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

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

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

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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

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

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

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

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

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

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



3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 22 de agosto de 1979 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 78 a 80 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., el 3 de enero de 1995 (fl. 37), fondo éste 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 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. Información que no se



encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 37).

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 *«En el año 1995 yo me encontraba trabajando con Rafael Zamudio Milanés en oficinas ubicadas aquí en Bogotá, y llegó a la oficina un asesor de Colpatria, del Fondo de Pensiones Colpatria hoy Porvenir, eh con una oferta especial porque en ese momento se hablaba de la terminación y quiebra del Seguro Social, en ese momento yo estaba con el Instituto de Seguros Sociales ya desde el año 1979 estaba vinculada a esa seguridad social que ordenaba la ley para los trabajadores, el señor asesor nos informó, nos confirmó la quiebra del Seguro Social y adicional a eso nos dijo el posible riesgo de perder los aportes que hasta ese momento yo tenía con el Instituto de los Seguros Sociales, también me mostró las fabulosas garantías que ofrecía el fondo de Colpatria para nosotros, y decía las ventajas y beneficios que podía tener en cuanto a mayor mesada pensional que no iba a tener ningún límite y limitación al respecto, también dijo que al yo trasladarme a ese fondo ellos harían el trámite correspondiente para recuperar los aportes que hasta esa fecha yo tenía en el Seguro Social...»*. (Cd. Fl. 95).

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 Colpatria hoy Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la sociedad Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato



(carga dinámica de la prueba), tales como las formas 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 el sentenciador de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste sobre el cual ejerció oposición la AFP Porvenir S.A., al considerar que se desconoce la gestión desplegada por dicha sociedad frente a los rendimientos financieros de la actora y que de accederse a la devolución de dichos dineros, se generaría un enriquecimiento sin causa para la demandante.



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

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

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

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

(...)

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



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

Por último, los apoderados judiciales de las convocadas a juicio AFP Porvenir S.A., y Colpensiones se duelen de la imposición de costas a cargo de sus representadas, al considerar que no es dable la aplicación de dicha condena, al no acreditarse la existencia de los requisitos que abren paso a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado pretendida por la demandante.

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

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

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



agencias en derecho, al momento de imponerse dicha condena, el operador judicial deberá sujetarse a criterios objetivos y verificables y lo señalada para tal fin por la legislación vigente.

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

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

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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 Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 10



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CIELO MARLENY OSORIO ZAMORA** 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. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JORGE ENRIQUE PIRAQUIVE GALEANO** CONTRA 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 veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JORGE ENRIQUE PIRAQUIVE GALEANO**, por intermedio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para que previo el trámite procesal correspondiente se condene a la demandada a reconocer la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional; condenar al fondo privado a pagar los intereses moratorios o corrientes, sanción moratoria o indexación de las sumas reconocidas; lo que resulte probado ultra y extra *petita*; las costas y agencias en derecho. (fl. 5)

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folios 5 y vuelto de las diligencias, en los que en síntesis advierte que nació el 3 de junio de 1956; que se afilió en calidad de trabajador dependiente al Instituto de los Seguros Sociales desde el 16 de octubre de 1973; que el 12 de agosto de 1997, se trasladó de régimen pensional a la AFP ING hoy Protección S.A; que ha cotizado un total de 1.240 semanas en los dos regímenes; que percibe por concepto de rentas por cánones de arrendamiento la suma de \$21´500.000; que por concepto de honorarios recibe mensualmente un promedio de \$30´000.000; que el 12 de septiembre de 2018, solicitó a la encartada el reconocimiento y pago de la devolución de saldos, para lo cual presentó los soportes de rentas y remuneraciones; que el 28 de diciembre de 2018, la enjuiciada dio contestación en la que no le definió la petición prestacional; que el 12 de abril de 2019, formuló nuevamente petición de reconocimiento de devolución de saldos, la cual fue negada el 18 de junio de 2019.



CONTESTACIÓN: La sociedad demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que en el caso del demandante se pudo evidenciar que una vez cumplidos los 62 años de edad contaba con más de 1.150 semanas de cotización, y que si bien no cuenta con el capital necesario en la cuenta de ahorro individual para acceder a la prestación pensional, al remitirse la historia laboral al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dicha Entidad informó que el actor es beneficiario de la garantía de la pensión mínima, por lo que no es posible acceder a la devolución de saldos pretendida. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho a la devolución de saldos y la innominada o genérica. (fl. 120 a 124).

DECISIÓN: Luego de surtido el trámite procesal, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 26 de noviembre de 2020, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **instar** a la AFP Protección para que proceda al pago de la mesada pensional del demandante a partir de la fecha de causación. (Cd. Fl. 197)

Lo anterior por considerar el *a quo* que, conforme lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia ordinaria laboral, el objeto del Sistema General de Pensiones es el de amparar al afiliado de las contingencias derivadas de la invalidez, la vejez o la muerte, imponiendo una serie de requisitos, dependiendo del régimen pensional al cual se encuentre vinculado, para acceder a las garantías allí establecidas, y para aquellos vinculados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que no pudiesen acreditar el capital necesario para acceder a una pensión de vejez, el legislador estableció la garantía mínima de la pensión, en tanto para los que no las acrediten, previó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la devolución de saldos acumulados en la cuenta de ahorro individual, devolución que actúa como sustituta de la prestación pensional y que procede únicamente cuando el afiliado no cumple con el requisito de capital y tampoco es acreedor de la garantía de pensión mínima. En el *sub lite*, al demandante se le reconoció el derecho a la garantía de la pensión mínima, lo que le impide acceder a la devolución pretendida. Ahora, como quiera que el accionante es merecedor de la prestación pensional, surge necesario conminar a la AFP demandada a efectos que reconozca las mesadas pensionales a que tiene derecho el accionante.

RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión del *a quo* la parte demandante **JORGE ENRIQUE PIRAQUIVE GALENAO** formuló recurso de apelación, en el que en suma indica, que la decisión que se adopta se sustenta en argumentos que son posteriores a la fecha en que se cumplió la edad del afiliado, tomándose para ello, el precedente vertical y lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo, sin miramiento alguno que es la misma Corte Suprema de Justicia la Corporación que ha avalado la devolución de saldos cuando los afiliados cuentan con las rentas necesarias para sostenerse de manera vitalicia, sumó a ello, que no es cierto que la AFP haya adelantado el debido estudio para determinar que el afiliado tenía derecho a la garantía mínima y no a la devolución de saldos, pues al momento de cumplirse la edad, el actor contaba con los requisitos para acceder a la devolución de saldos. Por último, señala que para el momento en que se petitionó la citada devolución, no estaba vigente el Plan Nacional de Desarrollo, lo que debió conducir al estudio de su suficiencia económica para proveerse una renta vitalicia.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: La parte demandante al descorrer el traslado para alegar de conclusión solicitó la revocatoria de la sentencia al considerar que no es procedente acoger los argumentos de la sentencia SL 4020, pues no comparte los supuestos de hecho que acaecen en el asunto bajo estudio, sumó a ello, que es palpable la omisión cometida por parte de la AFP al momento de analizar la partición de devolución de saldos, pues no tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, desconociendo que al momento de solicitarse la devolución de saldos, cumplía con los requisitos para acceder al mismo.

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

Con arreglo a lo indicado en la demanda, la contestación de la misma y lo expuesto en el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver, si al demandante le asiste derecho a que la demandada le reconozca y pague la devolución de saldos prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.



DEVOLUCIÓN DE SALDOS

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en consideración a que ninguna de las documentales aportadas fueron tachadas de falsas o reargüidas por las partes bajo los parámetros trazados por los artículos 269 y S.S del C.G.P. Así, se tiene entonces, copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 9); certificación emitida por Colpensiones (fl. 10); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 11 a 14); certificación emitida por Protección S.A. (fl. 15 y 146); historia laboral emitida por Protección S.A. (fl. 16 a 22 y 125 a 139); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 23 y 140 a 144); certificación de tradición y libertad (fl. 25, 26, 30 y 31); contratos de arrendamiento de bien inmueble (fl. 27, 28, 40 a 77); escritura pública 6131 (fl. 32 a 38); recibos de pago de servicios públicos (fl. 39); certificación emitida por Inmobiliarias Aliadas (fl. 78); copia de la declaración de renta del actor (fl. 81 a 84); certificación emitida por contador público (fl. 85); petición radicada ante Protección S.A. (fl. 88 a 92 y 95 a 97); respuesta emitida por Protección S.A. (fl. 93, 94, 98 y 99); formulario de vinculación a la AFP Davivir (fl. 145); declaración juramentada (fl. 150); declaración de imposibilidad de seguir cotizando (fl. 151); comunicado emitido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 171 a 176); Resolución 20098 de 28 de junio de 2018 (fl. 171 a 183).

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que, respecto a la devolución de saldos deprecada en el *libelo introductor*, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 contempla la devolución de saldos, para quienes, a las edades previstas para acceder a la pensión de vejez, no hayan cotizado el



número de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo. Dicha disposición normativa señala que 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 hubiera lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Por otra parte, el artículo 65 de la norma *ejusdem*, señala que «*Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión*».

Dicho lo precedente, es claro entonces, que el Sistema General de Seguridad Social en pensión se encuentra constituido por dos grandes subsistemas pensionales, a saber: i) el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y ii) el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mismos que contemplan diversas prestaciones económicas que cubren las contingencias derivadas de la invalidez, la vejez o la muerte, pero que no se limitan a dichas coberturas únicamente, pues que por el contrario, contemplaron también el cubrimiento de prestaciones económicas para aquellos afiliados que, en uno u otro régimen, no logran acreditar los requisitos para consolidar dichas prerrogativas *ius* fundamentales, tales como la indemnización sustitutiva de la pensión o la devolución de saldos, según el régimen al cual se encuentre vinculado el afiliado.

En lo referente a la devolución de saldos, que es la materia de estudio que nos convoca en el presente asunto, dicha prestación asegura la restitución de todos los aportes que el trabajador efectuó a la AFP



privada, junto con los rendimientos y bonos pensionales, si a ello hay lugar, pero es en este punto, que la Sala debe recordar, que tal como lo estableció el legislador, la devolución de saldos se constituye en un auxilio económico para aquellas personas, que luego de haber cumplido las edades mínimas para acceder al derecho pensional, no cuentan con la posibilidad económica de procurarse y continuar cotizando al sistema en pro de adquirir el estatus pensional.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación SL 15343 de 2017, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo moduló que *«En ese horizonte, no le cabe duda alguna a la Sala que la devolución de saldos constituye un auxilio económico para aquellas personas que, teniendo la edad para pensionarse no cuentan con el capital necesario para consolidar su derecho pensional y no tienen la posibilidad financiera de continuar cotizando al sistema para adquirir su estatus, tal y como aconteció en el sub lite, bajo los supuestos fácticos que no se discuten y dan cuenta que el accionante, voluntariamente lo solicitó a Skandia, tras declarar que se encontraba en imposibilidad de continuar cotizando, según lo manifestó ante notario bajo la gravedad del juramento»*.

En lo referente a la imposibilidad legal y constitucional del afiliado de renunciar a la pensión de vejez, la Corporación de cierre en materia ordinario laboral en la sentencia SL 4207 de 2019, enseñó que:

«Así las cosas, la ley ni la Constitución Política de 1991, le otorgan al afiliado la posibilidad de renunciar a la pensión de vejez para con ello preferir la devolución de saldos, así esta opción, en apariencia, y mirada desde una perspectiva a corto plazo parezca más favorable, pues en materia de la seguridad social, no puede perderse de vista que la pensión cualquiera sea ella, en este caso la de vejez, es un derecho mínimo e irrenunciable que encuentra apoyo, entre otros, en los artículos 13 y 14 del CST y 53 de la CN, derecho que debe primar, sobre otras opciones, en este asunto, la devolución de saldos, y así debe ser garantizado y asegurado por las entidades que administran el sistema, para el caso en el RAIS.

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

No es cualquier manifestación de la AFP la que se tenga como tal o que supla ese estudio, sino que el mismo debe aparecer plenamente demostrado en el plenario, cuyos cálculos han de brindar la certeza de que el afiliado accionante sí cuenta con el capital suficiente para obtener la pensión de vejez, que se traduce en que la persona tenga verdaderamente el derecho al reconocimiento de esa prestación de forma definitiva en el RAIS. De lo contrario, si solamente se tiene una expectativa o probabilidad, incluso sujeta a variables, donde se requiera a futuro efectuar nuevos cálculos actuariales u otro estudio luego de cumplirse la redención normal del bono pensional, ello para efectos de poder definir si se tiene derecho o no a la prestación de vejez, no aplicaría la prelación de la pensión a que se ha hecho mención en relación con la solicitud libre y voluntaria del afiliado de que se le devuelvan los saldos de la cuenta individual junto con los rendimientos y el valor de dicho bono pensional, precisamente por no ser bajo estas circunstancias una posibilidad real la prestación por vejez.

Lo anterior significa, que para poder definir la procedencia o no de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el juzgador además de observar la regulación legal sobre el tema, debe estudiar la situación particular de cada afiliado».

Del anterior contexto jurisprudencial y normativo se extrae, que la devolución de saldos se torna en una prerrogativa supletoria del derecho pensional, la cual debe estar precedida de un estudio real y concreto de las verdaderas expectativas pensionales del afiliado, de tal manera que existir la posibilidad cierta de configuración del derecho pensional, aquel deberá primar sobre la voluntad del afiliado, aun cuando aquel actúa bajo el convencimiento de la autosuficiencia económica, pues ni la constitución ni la ley, le permite renunciar a dicha prerrogativa *ius* fundamental, en tanto es la prestación pensional el pilar que soporta el Sistema General de Seguridad Social en pensión.

Nótese, como aparte de los requisitos previstos en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, esto es, no haber cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no haber acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, para acceder a la devolución de saldos, jurisprudencialmente se ha impreso la exigencia de la imposibilidad de continuar cotizando ante la ausencia de los recursos económicos para ello, pues siendo la prestación



pensional un derecho fundamental irrenunciable a la luz de lo previsto en el artículo 48 de la C.P.N., debe prevalecer dicha prerrogativa por encima de la intención económica del afiliado, y es por ello, que la legislación colombiana previó la garantía de la pensión mínima prevista en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, en aras de brindarle a los afiliados la posibilidad de acceder a la prestación pensional.

Dicho lo que precede, al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que el demandante nació el 3 de junio de 1956, cumpliendo así la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2018 tal como da cuenta el documento de identidad que reposa a folio 9 del informativo, del mismo modo se tiene que para dicha calenda, el afiliado reportaba un total de semanas cotizadas de 1.240, lo equivale a un total de saldo acumulado de \$226´765.871.00, suma esta, que no le permitió suplir el requisito de capital exigido por la norma pensional, razón por la que, recurrió a la AFP Protección a efectos de la devolución de saldos ante la imposibilidad de acreditar los pedimentos legales para hacerse merecedor de la prestación pensional.

Pese a ello, observa la Sala, que si bien es cierto, para el momento en que el actor elevó la solicitud de devolución de saldos, no contaba con el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, también lo es, que para la data del cumplimiento de los 62 años, el señor Piraquive Galeano ya contaba con más de las 1.150 semanas que contempla el artículo 65 de la Ley 100, para que aquel se hiciera beneficiario de la garantía de la pensión mínima, no constituyéndose así en mera expectativa el derecho del afiliado, sino por el contrario, forjando de manera principal y cierta la prerrogativa pensional, aspecto este que le impedía al actor renunciar a la prestación que cubre la contingencia de la vejez para de ese modo optar por la devolución de saldos.



A lo anterior se suma, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Oficio 2-2019-024600 de 9 de julio de 2019, le comunicó a la AFP Protección S.A., el reconocimiento del beneficio de la garantía de la pensión mínima prevista en el artículo 65 de la tantas veces ya citada Ley 100 de 1993 a favor del aquí demandante, por lo que, en lo que, en lo concerniente al derecho personal de aquel, no existe duda de su causación.

Ahora bien, no resulta admisible para esta Corporación la argumentación esbozada por el extremo activo al pretender beneficiarse del trámite administrativo desplegado por el fondo privado ante la tardanza del reconocimiento del derecho, pues si bien, a la fecha no ha gestionado el reconocimiento pensional del demandante, no puede desconocerse, que como se indicó en precedencia, que el actor para el 3 de junio de 2018, contaba con el requisito mínimo de semanas para hacerse beneficiario de la garantía pensional referida en líneas anteriores, siéndole nugatoria la aspiración de la devolución de saldos aquí pretendida, pues se itera, ya contaba con los requisitos para acceder a la prestación pensional a través de la institución de la garantía de la pensión mínima, y si a ello se suma, que tal como lo asegura el promotor del juicio, para calenda contaba con los recursos necesarios para cubrir las contingencias propias de la vejez por cuenta propia, surge entonces la posibilidad del actor de continuar cotizando al sistema y así procurarse la prestación pensional, tal como lo enseñó el Órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral en la citada sentencia SL 15343 de 2017.

Por lo hasta aquí expuesto, es que ningún reproche merece la intelección a la que arribó el sentenciador de primer grado al negar las aspiraciones del demandante. Lo anterior se afirma, por cuanto como se estudió en precedencia, el accionante, para fecha en que elevó la



solicitud de devolución de saldos, ya contaba con las semanas necesarias para acceder al beneficio de la garantía de la pensión mínima, siéndole vetado tanto constitucional como legalmente renunciar a la prerrogativa pensional que cubre la contingencia de la vejez.

En tal virtud, se confirmará la sentencia apelada al encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo* en primera. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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 Tercero (3°) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el día 26 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JORGE ENRIQUE PIRAQUIVE GALEANO** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo* en primera. En esta instancia se imponen costas a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cargo de la parte demandante 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

1. 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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ESPERANZA REVELO JIMÉNEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas, para que sea esta última Entidad la que defina su situación pensional; ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a aceptar su traslado; lo que resulte probado ultra y extra *petita* y condenar a las demandadas en costas y agencias en derecho. (fl. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 22 de enero de 1965; que inició su vida laboral cotizando para el otrora Instituto de los Seguros Sociales, donde cotizó un total de 292 semanas; que a la fecha cuenta con 1-381 semanas; que el 3 de marzo de 1997 se trasladó a la AFP Horizonte S.A; que al momento del traslado, no se le remitió ninguna comunicación que le sirviese como asesoría pensional; que el 28 de mayo de 2008, efectuó un nuevo traslado horizontal dentro del RAIS, esta vez a la AFP Protección S.A, que el 18 de junio de 2010, retornó a la AFP Porvenir S.A; que ninguna de las AFP le brindó un estudio pensional y no se le informó sobre las posibilidades de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que el 30 de mayo de 2019, solicitó la proyección de una mesada pensional probable ante la AFP Porvenir S.A., encontrando una diferencia sustancial entre el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

valor que pagaría el fondo privado y aquel que reconocería Colpensiones; que en su historia laboral existe un faltante de 52 meses que no fueron registrados como semanas de cotización; que formuló ante Colpensiones petición de traslado, la cual fue negada el 2 de agosto de 2019.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedida de la expresión libre y voluntaria de la afiliada, sumó a ello, que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el numeral 2° de la Ley 797 de 2003 y tampoco es beneficiaria del régimen de transición que le permita trasladarse en cualquier tiempo entre regímenes pensionales. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (fl. 110 a 125).

A su turno, el accionado **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, en esencia, que la demandante suscribió formulario de afiliación el 28 de mayo de 2008, el cual se encontraba ajustado a las previsiones legales que se encontraban rigiendo para la época, lo cual sumado a la expresión de la voluntad de la accionante plasmada en aquel, dan cuenta de la que el negocio jurídico celebrado entre las partes es completamente válido



y eficaz, sumó a ello, que no se dan los presupuestos para declarar la nulidad de la afiliación en los términos del artículo 1509 del C.C., y de haberse presentado alguna irregularidad, la acción en los términos del artículo 151 del C.P.T., y 1741 del C.C., se encuentra prescrita.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 138 a 145).

Por último, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al descorrer el traslado del escrito inaugural se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que no resulta dable declarar la nulidad absoluta en tanto no se dan los presupuestos del artículo 1741 del C.C., al no acreditarse que el acto contenga objeto o causa ilícita, tampoco se validan los argumentos en que se funda la aspiración de la declaratoria de la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sumó a ello, que la AFP cumplió con el deber de información en los términos que para el momento de la afiliación exigía la norma, resultando improcedente exigir cargas adicionales a las allí contempladas. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fl. 177 a 210).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., para así tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos; **ordenar** a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas; **condenar** en costas a las encartadas. (fl. Cd. 274).

Lo anterior por considerar el *a quo* que ha sido constante y sentada la jurisprudencia del Órgano de cierre en materia ordinario laboral, en señalar que existirá ineficacia en el traslado siempre que no se acredite el cumplimiento del deber de información que le asiste a las AFP para con los afiliados, sin importar si se es o no beneficiario del régimen de transición. Deber de información que surge desde el nacimiento mismo de los fondos privados, el cual no se acreditó en el sub lite, pues tan sólo se acompañó el formulario de afiliación, sin que de aquel se advierta la asesoría en los términos de profesionalismo que exige la norma y la jurisprudencia.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, inconforme con la anterior decisión, formuló censura en la que expuso como motivos de disidencia, que es indiscutible que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional de forma libre y voluntaria pues no medió coacción alguna al momento de la celebración del negocio jurídico, sumó a ello, que la accionante faltó a su deber de cuidado como consumidora financiera, por lo que la responsabilidad de no puede ser imputada únicamente a las AFP. Por último, señala que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por cuanto la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenido en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993.

A su turno, la demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma que no se comparte la decisión del juzgado de declarar la ineficacia en el sentido estricto de la afiliación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

llevada a cabo en el año 1997, ni se comparte las consecuencias jurídicas que se le dieron a esta, ya que van en contra vía de la figura misma de la ineficacia, en tanto pese a que se declara la ineficacia en el sentido estricto, lo que se da es la consecuencia propia de una nulidad haciéndose referencia al artículo 1746 del C.C., en lo referente a las restituciones mutuas, cuando lo propio es dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sumó a ello, que los gastos de administración al no ser parte del derecho pensional son susceptibles del efecto extintivo de la prescripción.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: La parte demandante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que solicita la confirmación de la sentencia de primer grado, al considerar que en el presente asunto no se le informaron las ventajas ni las desventajas de estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual, ni antes de trasladarse de régimen, ni durante el tiempo que ha estado afiliada a Porvenir S.A., lo cual conllevó a que hoy luego de haber creído en el sistema pensional y de haber confiado sus aportes y por tal razón el perjuicio se causó por la falta de experticia y de debida diligencia de los asesores comerciales de dichos fondos de pensiones, sumó a ello, que al haber la AFP incumplido con el deber de información es que surge la invalidación del acto jurídico de traslado.

Parte demandada. La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** al descender el traslado para alegar de conclusión persigue la revocatoria de la providencia de primera instancia al considerar, en síntesis, que en el presente proceso no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acreditó de forma alguna la existencia de vicio alguno en el consentimiento del afiliado que permita desestimar la validez y eficacia de su afiliación al RAIS, sumó a ello, que la parte actora no es beneficiaria del régimen de transición lo que le impide retornar en cualquier tiempo al RPM.

Parte demandada: La accionada **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, formuló alegatos de conclusión, en los que peticionó la revocatoria de la sentencia apelada, al afirmar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz, sumó a ello, si nos remontamos al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dicha disposición no contempló la imposición de sanción alguna contra las AFP lo que imposibilita la imposición de condena por concepto de devolución de gastos de administración ya que no se acompasa con las disposiciones del artículo 1746 del C.C. Por último, afirmó que no procede en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado, conforme lo expresó el Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán en el salvamento de voto en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA



En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 49 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 las demandas en los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por ESPERANZA REVELO JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 21); derecho de petición formulado ante Porvenir S.A., con su correspondiente respuesta. (fl. 22 a 26); formulario de vinculación emitido por Horizonte Pensiones y Cesantías. (fl. 27, 28, 149, 211 y 212); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 29 a 42); bono pensional (fl. 43 y 44); simulación pensional emitida por Porvenir S.A. (fl. 45 a 48);



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

reclamación administrativa (fl. 49 y 50); certificación emitida por el Centro Colombo Americano (fl. 51); formato 1 emitido por la Universidad Industrial de Santander (fl. 53); certificación emitida por Colpensiones (fl. 126); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. fl. 127 a 129); expediente administrativo (fl. 136); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 140); formulario de vinculación a Protección S.A. (fl. 147); constancia de traslado de aportes emitido por Protección S.A. (fl. 150); reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 151 a 155); comunicados de prensa (fl. 156 a 158); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 213).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

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

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

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

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

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando***



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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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



confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

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

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 4 de marzo de 1987 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 127 a 129 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 3 de marzo de 1997 (fl. 212). Seguido a ello, realizó un nuevo traslado dentro del mismo régimen para de esta manera afiliarse a la AFP Protección S.A., el 1° de julio de 2008, tal como se advierte a folio 147 de las diligencias, por último, el 18 de junio de 2010, retornó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., (fl. 211), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 214 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 212).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *« Eso tuvo que haber sido más o menos en el año 97, porque yo ingresé a laborar en la universidad en el año 92, cuando yo ingresé a laborar en la universidad yo estaba vinculada al Instituto de los Seguros Sociales, luego vino la transformación normativa y nosotros en la universidad recibimos a los asesores de los diferentes fondos privados en nuestras oficinas. El fondo privado de Horizonte, bueno el asesor me contactó, me indicó que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar y que como el Instituto se iba a acabar muy probablemente los tiempos que yo había cotizado para el Seguro Social se iban a perder, que tenía rápidamente que trasladarme a un fondo de pensiones y me hizo unos cálculos de una mesada, que en este momento no recuerdo porque el sueldo que teníamos era muy diferente al sueldo que teníamos ahorita, pero me hizo unos cálculos de una mesada y me dijo que iba a ser significativamente mayores que el cálculo de la mesada del Instituto de los Seguros Sociales, entonces yo tome la decisión de pasarme...»*. (Cd. Fl. 274).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Horizonte S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de



antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la sociedad Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas 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 el sentenciador de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que pese a que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

(...)

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, la Sala considera preciso, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, modificar el numeral segundo de la sentencia apelada, en el entendido de ordenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales en el evento en que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la anulación e ineficacia del mismo, en lo demás, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000, 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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ESPERANZA REVELO JIMÉNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, el **FONDO DE PENSIONES Y**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

CESANTÍAS PORVENIR S.A., y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en el entendido de ordenar a la AFP **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada una.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

-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 **HUMBERTO MARÍN GARZÓN** CONTRA **CONSTRUCCIONES A&H S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **HUMBERTO MARÍN GARZÓN** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que lo ató con la sociedad demandada en el interregno del 1° de abril de 10|7 al 9 de junio de 2018 y el cual feneció por causal imputable al empleador; como consecuencia de la anterior declaración, solita se condene a la accionada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas y no pagas en vigencia del vínculo contractual, la devolución de dineros descontados por concepto de retención en la fuente, a realizar los aportes al sistema de seguridad social integral, la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., así como la sanción de que tratan los artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral y 99 de la Ley 50 de 1990, lo que resulte probado ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho. (fl. 3 a 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 8 a 12 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que se vinculó a través de contrato de prestación de servicios con la demandada el 1° de abril de 2017, por el término de un año; que la prestación del servicio se dio de forma ininterrumpida hasta el 9 de junio de 2018, que desempeñó el cargo de Residente de obra; que en la ejecución del contrato siempre estuvo sujeto a la subordinación del representante legal de la sociedad demandada, quien le indicaba cuales eran sus funciones, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que debía ejercerlas; que el último salario mensual devengado fue el de \$6'000.000; que debía presentar cuentas de cobro quincenales; que se le efectuaron descuentos no permitidos por la Ley como lo es el de retención en la fuente; que cumplía un horario de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y



eventualmente acudía los sábados y domingos; que recibió correos por parte de la Contadora de la empresa con el ánimo de legalizar los contratos de los trabajadores de la obra denominada Kyra 20; que el 16 de agosto de 2017, firmó acta de entrega de elementos enviados por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Zipaquirá, necesarios para el funcionamiento de la obra; que el 8 de junio de 2018, firmó como testigo y responsable de la visita del Inspector de Policía Urbano; que cotizó a la seguridad social como independiente; que la empresa contratante omitió realizar aportes a la seguridad social a su favor; que la fecha de extinción del contrato suscrito con la accionada fue la de 1° de abril de 2018, sin embargo la relación se prolongó hasta el 9 de junio de 2018; que ante la falta de garantías y la ausencia de formalización del vínculo laboral, el 9 de junio de 2018, decide dar por terminado la relación contractual con justificación a causas imputables al empleador; que al 9 de junio de 2018, la demandada no canceló ninguna suma por concepto de liquidación; que el 21 de agosto de 2018, acudió ante la autoridad administrativa del ramo para solicitar cita a audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 17 de octubre de esa anualidad, resultando fracasada la diligencia; que el 19 de diciembre de 2018, radicó queja ante el Consejo Profesional de Arquitectura y sus Profesionales Auxiliares.

CONTESTACIÓN: La sociedad demandada **CONSTRUCCIONES A&H S.A.S.**, a través de apoderado judicial describió el traslado de la demanda, oportunidad en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio, al considerar, en esencia, que en el presente asunto no se configuran los elementos esenciales del contrato de trabajo, y mucho menos al actor se le vinculó a través de dicha figura, existiendo una verdadera relación de estirpe civil por cuanto al actor se le contrató bajo la modalidad de prestación de servicios. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos



los que denominó falta de legitimación de la activa para demandar, prescripción, inexistencia de la causa para demandar, cobro de lo no debido, buena fe, temeridad o mala fe y la de abusando del derecho. (fl. 71 a 83).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de diciembre de 2020, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la causa para demandar y cobro de lo no debido, **negó** las pretensiones incoadas por el demandante y **condenó** en costas a la parte demandante. (fl. Cd. 153).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto, de las pruebas que fueron arrimadas al plenario, se acreditó la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la sociedad demandada, activándose así la presunción de la existencia de un vínculo contractual que ató a las partes, invirtiéndose la carga probatoria a la sociedad, misma que desvirtuó dicha presunción, pues de los testimonios vertidos al proceso no se logró acreditar la subordinación del actor para con la sociedad accionada, sumó a ello, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado la posibilidad de imposición de directrices por parte del contratante al contratista, sin que con ello se acredite una relación subordinada.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **HUMBERTO MARÍN GARZÓN**, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar, en esencia, que no existe duda que ejecutó



una actividad laboral coordinada por el señor Arturo Rodríguez Marín y en beneficio de la empresa de construcción A&H S.A.S., ello bajo los apremios del artículo 53 de la C.P.N., sumó a ello, que la existencia de un contrato de prestación de servicios no puede ser utilizada para ocultar una verdadera relación de trabajo. Del mismo modo señaló, que quedó plenamente acreditada la prestación de la fuerza de trabajo a favor de la demandada, evidenciándose la subordinación y una remuneración por dicha prestación personal del servicio, afianzándose así los elementos constitutivos de un contrato de trabajo. Por último, señaló que la demandada conocía la obligación de afiliarse a los trabajadores a la seguridad social, tan así que lo afilió a Riesgos Laborales.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: En la oportunidad procesal otorgada la parte demandante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que en el presente asunto se encuentran acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo, el cual se pretende desdibujar bajo la modalidad del contrato civil de prestación de servicios, sumó a ello, que en atención a las funciones que desempeñó como Arquitecto de obra, aquel debía cumplir un horario, supervisar el cumplimiento de las labores desempeñadas por los contratistas, acreditándose entonces, en aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de un verdadero vínculo laboral,



Parte demandada: La accionada, al descorrer el traslado para alegar de conclusión solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, al considerar, en síntesis, que en el presente asunto no se dan los presupuestos del artículo 23 del C.S.T., para que se pueda predicar la existencia de una verdadera relación de trabajo, pues de las pruebas recaudadas en el proceso, no tienen la contundencia para así acreditarlo, sumó ello, que lo que en la realidad el vínculo que ató a las partes es de orden civil y lo pretendido por el actor raya con el principio de buena fe.

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

RELACIÓN LABORAL

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los



extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

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

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

1. Contrato de prestación de servicios. (fl. 33 y 34).
2. Memorial dirigido a la Secretaría de Planeación de Zipaquirá. (fl. 35).



3. Cuentas de cobro. (fl. 36 a 40 y 105 a 112).
4. Pantallazos de correo electrónico. (fl. 41 y 42).
5. Respuesta emitida por la Alcaldía Municipal de Zipaquirá. (fl. 44).
6. Acta de levantamiento de medida correctiva (fl. 45).
7. Planillas integradas de liquidación de aportes. (fl. 47 y 84 a 89).
8. Citación emitida por el Ministerio del Trabajo (fl. 50).
9. Acta de conciliación 98 de 2018. (fl. 51, 52 y 121).
10. Auto de apertura de indagación preliminar. (fl. 53 a 55).
11. Copia de la cédula de ciudadanía del actor. (fl. 56).
12. Solicitud de entrega de documentos. (fl. 113).
13. Cumplimiento a requerimiento (fl. 117).
14. Denuncia penal. (fl. 122 y 123).
15. Declaraciones extra proceso. (fl. 125 a 132).
16. Formulario de vinculación a la ARL Positiva (fl. 90 a 92).
17. Certificación emitida por Construcciones A&H S.A.S. (fl. 99).



Del mismo modo se escuchó por parte del demandante los testimonios Jaiber Ferney Galiano Alvarado, Mailo Galiano Linares y Byron Leonardo Aguirre Díaz, quienes al unísono señalaron distinguir al demandante y lo reconocieron como el Arquitecto de la obra, que el demandante era quien daba las órdenes de cómo se debía hacer todo y que siempre permanecía en la construcción, en lo referente al cumplimiento de un horario, aquellos a pesar de admitir la existencia del mismo, no fueron consistentes en distinguir la hora de ingreso y salida del actor, pues mientras el testigo Mailo afirmó que el Arquitecto llegaba entre las 7:30 am y 8:00 am, y la salida era a las 5 pm y esporádicamente más, el señor Galiano Alvarado fue diáfano en señalar que cumplía un horario de 8 am a 12 m y de 2 pm a 5 pm.

Al cuestionárseles si el accionante en algún momento se había ausentado de las instalaciones de la obra, aquellos fueron consistentes en afirmar que no, que el Arquitecto siempre permaneció en la construcción ejecutando sus funciones, y en lo referente a la subordinación frente al representante legal de la demandada, aquellos afirmaron que quien impartía las ordenes era el señor Carlos Arturo Rodríguez Marín, pese a ello, los tres testigos, en este punto sólo afirmaron partir de suposiciones pues al indagársele que tipo de ordenes se le dio al actor, aquellos siempre señalaron no constarles y que se partía de la presunción, tan así que el testigo Aguirre Díaz, señaló que los aquí intervinientes hablaban del proyecto y que partiendo de su conocimiento en la materia, siempre el dueño de obra impartía ordenes, más sin embargo, no pudo afirmar de forma precisa la existencia de dichas directrices. (Cd. Fl. 151 y 153).

En lo que atañe a los testimonios vertidos por los testigos traídos por la parte demandada, esto es, los señores Jonattan Ferney Rojas Ramos, Juan José Morelo Soto, Álvaro Cañón Velásquez y Aid Velasco Galeano,



aquellos fueron consistentes en señalar que el demandante no cumplía un horario fijo, que se le veía llegar a veces a las 9 o 10 de la mañana y en ocasiones salir temprano y no volver, que había días que no se le veía en la obra y que a ciencia cierta no sabían que funciones desempeñaba en la obra, que fueron contratados por el Ingeniero Ariza y que luego seguían las órdenes del Maestro General (Mailo Galiano Linares), que el Arquitecto no les impartió directriz alguna, en tanto no era constante su ida a las instalaciones de la obra.

En cuanto a la subordinación del actor para con el representante legal de la sociedad accionada, aquellos señalaron no constarles en tanto se trataban de trámites administrativos a los que no tenían acceso, tampoco la remuneración, el tipo de vinculación y la vinculación a seguridad social, aspectos sobre los que afirmaron no conocer ningún aspecto; en lo referente a la ausencia prolongada del Arquitecto a la obra, el señor Álvaro Cañón Velásquez, refirió que *«Él tuvo una ausencia como de 8 días que no aparecía en la obra»* y que quien daba apertura al sitio de trabajo era el señor Juan José Morelo Soto.

Del mismo modo se recibieron los interrogatorios de parte rendidos por Humberto Marín Garzón y Carlos Arturo Rodríguez Marín, de los que se desprende que el demandante al cuestionársele si debía pedir permiso para ausentarse del sitio de trabajo aquel afirmó *«No, en eso no. Aunque no pedía permiso, pero sí avisaba si tenía una reunión por ejemplo en Planeación, avisaba, tengo una reunión en Planeación, inclusive a veces el señor Rodríguez me acompañaba a esas reuniones, si cuando teníamos que aclarar alguna cosa, porque aclaro que en ese proyecto se consiguieron 3 licencias...»*, del mismo modo, al indagársele respecto a si tomo vacaciones o salió de viaje, y si debió pedir permiso aquel señaló que *«Sí hice unas vacaciones en el mes de agosto por 8 días, pero lógicamente autorizada por la empresa por tener derecho a vacaciones»*, *«Pues yo solicité y le avisé al señor Rodríguez que yo me iba a ausentar 8 días porque iba a tener unas vacaciones familiares»*, y continuó *«Verbalmente, en*



ese momento la obra estaba en la etapa de cimentación y estructura que estaba a cargo del Ingeniero Jorge Ariza, él era el que respondía directamente por el trabajo que estaba haciendo porque él tenía ese contrato con la constructora».

En cuanto a la subordinación, el accionante afirmó que «A mí me daba órdenes el señor Rodríguez», y en cuanto al tipo de órdenes, adujo que «Pues todas las ordenes generales que amerite una obra, como estar pendiente de los obreros, estar pendiente de que no fallaran, estar pendiente que, si alguno ya no servía, que ya no quería acatar órdenes, eso paso muchas veces, a veces no querían usar la seguridad como era, entonces tocaba salir de ellos, otras ordenes pues ir a mirar cómo iban los tramites en las diferentes empresas...».

Entre tanto, al absolver el interrogatorio el representante legal de la demandada señaló, que, en lo referente a la contratación, aquella se dio por prestación de servicios, siendo el mismo demandante quien redactó el contrato para presentarlo y así suscribirlo, y al cuestionársele sobre la subordinación aquel afirmó que «Funcionaba él totalmente autónomo, yo no le daba ninguna orden puesto que sale de simple lógica, ¿si yo no conozco que orden puedo dar?», en cuanto al cumplimiento de un horario de trabajo, adujo que «él no tenía horario desde ningún momento, tan así sería que puedo decir esto al Despacho, bajo la gravedad del juramento, él se ausentó durante ese tiempo todas las veces que él quería, y es así que salió del país dos veces», continuó señalando que nunca le solicitó permisos y en lo referente al viaje realizado por el actor, dispuso que «Él me contaba que se iba a ir y una vez me trajo una linternita y me dijo ¿oiga y usted qué? No es que yo estaba, no sé si fue por Cancún o por las Vegas, yo uy sabrosa la vida suya, y para prueba fehaciente le pediría al despacho le pidieran a Migración Colombia eso, bajo la gravedad del juramento. Como también él se ausentaba dos días antes de los puentes y desafortunadamente o afortunadamente hay muchos puentes acá, no tenía ningún tipo de problema, y también para corroborar esta cuestión, nunca le quité de sus honorarios una moneda de centavo».



Visto lo precedente y con el ánimo de dirimir la Litis planteada, al analizar la prueba recaudada en el plenario, se tiene que el demandante, en su interrogatorio, fue consistente en señalar que suscribió un contrato de prestación de servicios, el cual fue redactado por el mismo promotor de la Litis, y a pesar de afirmar una subordinación constante para con el señor Carlos Arturo Rodríguez Marín, las ordenes que señala le eran impartidas no se escapan a las obligaciones contenidas en el cuerpo contractual suscrito por las partes; a lo anterior se suma, que en el escrito de demanda y en el interrogatorio de parte absuelto señaló como horario de trabajo el de 7 am a 5 pm, y eventualmente los días sábado y domingo, aspectos estos que encuentran contradicción en los testimonios vertidos, tanto por los testigos de la parte demandante como los de la parte demandada, pues en el caso de los primeros, aquellos señalaron un horario de 8 am a 12 m y de 2 pm a 5 pm, desestimándose la labor ejecutada en días dominicales, y en cuanto a los testigos de la parte pasiva, estos fueron diáfanos en señalar que el Arquitecto no tenía un horario fijo, y que en ocasiones llegaba entre 9 y 10 am y se iba temprano, incluso, que habían días en que no iba.

En lo atinente a la subordinación, si bien se asegura por parte de los testigos Jaiber Ferney Galiano Alvarado, Mailo Galiano Linares y Byron Leonardo Aguirre Díaz, también es cierto los mismos afirman no contarles de forma directa la imposición de directrices y basan su dicho en presunciones que surgen con base a su experiencia profesional.

Ahora bien, la parte actora alega la subordinación constante del demandado en tanto se le impartían ordenes tales como «... pedir el concreto, pedir la arena, yo le consultaba pues todo, se hacía bajo el mando de él, él en Bogotá y yo aquí, allá en Zipaquirá, pues lógicamente él tenía sus actividades particulares y para eso me nombró a mí para estar al frente de la obra, yo le consultaba a él todo toca pedir tal material, hay que pedir tal, porque ellos pagaban en Bogotá, yo



les enviaba las cuentas a Bogotá, contabilidad hacía las deducciones que debía hacer y su vez oficiaba a la oficina de él ordenándole girar un cheque a nombre de fulano de tal directamente a la cuenta de ellos o a veces llevaba los cheques para que se le pagara personalmente a cada uno de los proveedores», actividades que si bien pueden en principio establecer un tipo de subordinación, lo cierto es, que las mismas se encontraban dentro del objeto del contrato, mismo que como se indicó en precedencia, fue redactada por el mismo contratista. A lo anterior se suma, que a folios 105 a 112, reposan cuentas de cobro dirigidas por el actor a la sociedad demandada

De cara a lo hasta aquí expuesto, para esta Corporación, entre las partes no existió una relación de carácter laboral, en tanto no se dan los elementos esenciales del contrato de trabajo, enunciados en el artículo 23 del C.S.T, pues si bien quedó probado que el actor prestó de forma personal sus servicios, aquellos lo ejecutó en favor de la sociedad Construcciones A&H S.A.S., logrando esta última derruir la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, al acreditar que el demandante en manera alguna estuvo subordinado a las directrices del representante legal de la compañía, pues contrario a lo depuesto por el demandante, con lo afirmado por los testigos Jonattan Ferney Rojas Ramos, Juan José Morelo Soto, Álvaro Cañón Velásquez y Aid Velasco Galeano, el señor Morales Mendoza no cumplió un horario de trabajo así como tampoco debía asistir a la oficina de lunes a viernes en la forma que afirma el demandante.

Ahora bien, no puede perderse de vista, que es el mismo actor quien en interrogatorio de parte afirmó que tomó vacaciones en un espacio de 8 días al considerar que la obra se podía adelantar sin su presencia y que, para el momento del viaje, aquella se encontraba a cargo del Ingeniero Ariza, quien debía asumir todo el tema de cimentación y



estructura, denotando aún más así la autonomía en la ejecución de sus funciones.

De otro lado, no escapa a la vista de la Sala que el promotor del juicio señala que seguía las directrices que le impartía el señor Carlos Arturo Rodríguez Marín, y que los testigos Jaiber Ferney Galiano Alvarado, Mailo Galiano Linares y Byron Leonardo Aguirre Díaz, afirmaron que el demandante y el Representante legal de la sociedad demandada sostenían reuniones ocasionales; pese a ello, tal hecho no implica que se dé una subordinación propia de un vínculo laboral, pues frente a este tema, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que dentro de los contratos de prestación de servicios, es dable que existan exigencias de índole técnico, pero estas, de forma alguna implican la existencia de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo. Así, en las sentencias SL 17496-2016, SL 1762-2018 y SL 663-2018 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se indicó:

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

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

En el presente asunto, si bien el Representante legal de la demandada sostenía reuniones periódicas con el actor, y aquel a su vez le rendía informes y presentaba cuentas de cobro, ello deviene de las



obligaciones contraídas en el contrato de prestación de servicio suscrito por las partes, surgiendo así patente que exista una función coordinada en la prestación de servicios entre el contratante y el contratistas en pro de la supervisión y vigilancia de las obligaciones contraídas por las partes.

En virtud de todo lo expuesto, si bien la parte demandante logró activar la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., trasladando la carga de la prueba a la parte demandada, en pro que aquella desvirtuara tal presunción, esta última, con la documental recaudada, los testimonios vertidos y los interrogatorios de parte absueltos, cumplió con el deber de desestimar la existencia del elemento subordinante característico del contrato de trabajo, pues se itera, no se probó la existencia de órdenes impartidas por el contratante distintas a las obligaciones contraídas en el cuerpo contractual civil suscrito por los aquí intervinientes, tampoco la exigencia de un horario de trabajo y mucho menos la intromisión en la autonomía del contratista.

En tal virtud, habrá de ser confirmada la providencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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



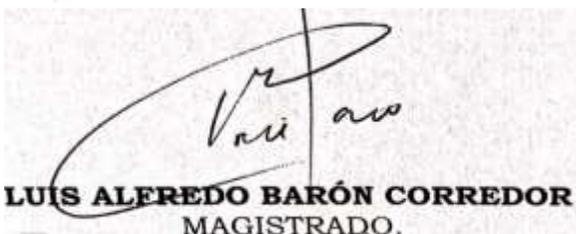
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 1° de diciembre de 2020, en el proceso ordinario laboral promovido por **HUMBERTO MARÍN GARZÓN** contra **CONSTRUCCIONES A&H S.A.S.**, en atención a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000. ***Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.***



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS RENÉ ROMERO LIÉVANO** 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 veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **CARLOS RENÉ ROMERO LIÉVANO** 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 Porvenir S.A; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, los rendimientos causados, gastos de administración y cualquier otro obrante en la cuenta de ahorro individual; se condene a al fondo privado a que en caso de haberse reconocido una pensión al momento de dictarse sentencia, a continuar pagando aquella hasta tanto sean trasladados los recursos ante Colpensiones que sean necesarios para que dicha entidad asuma la obligación y lo incluya en nómina; lo que resulte probado ultra y extra *petita* y condenar a las demandas a las costas y agencias en derecho. (fl. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 1° de enero de 1995; que el 24 de septiembre de 2005, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A; que el asesor de Porvenir S.A., al momento del traslado tan solo se limitó a diligenciar el formulario de afiliación; que no se le entregó información completa, veras y suficiente respecto a las prestaciones económicas, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que el fondo privado no le entregó proyecciones ni comparativos pensionales; que no se le informó respecto al funcionamiento del régimen pensional elegido; que no se le dijo de la posibilidad de retractarse del traslado; que formuló petición encaminada a que se le entregara la documental que soportara la



asesoría ante la AFP, la cual no fue suministrada; que solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, la cual fue despachada desfavorablemente el 17 de agosto de 2018; que en iguales términos solicitó de la AFP la anulación de la vinculación sin que aquella accediera a lo pretendido; que se presenta una diferencia entre la mesada que recibiría en el RPM y aquella que otorgaría 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 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, no resulta procedente la anulación del acto jurídico de afiliación con base a meras expectativas pensionales. Por último, afirmó que no se acreditó el suministro de información equivocada o mentirosa. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 263 a 276).

Por su parte, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la ineficacia o nulidad del acto jurídico de traslado, en tanto la decisión tomada por la accionante se hizo de forma libre y voluntaria, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, cumpliendo la AFP con todas y cada una de las obligaciones legales que se le imponía al momento de la vinculación, resultando improcedente imponer cargas probatorias o exigencias legales que para dicha calenda no existían, sumó a ello, que de imponerse exigencias legales y probatorias no existentes al momento de la vinculación, se vulnera el derecho al debido



proceso de la sociedad. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, buena fe. Inexistencia de la obligación y la genérica. (fl. 316 a 334).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 13 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación que hizo el demandante ante la AFP Porvenir S.A., suscrita el 1° de septiembre de 2001; **declarar** que para todos los efectos legales el actor nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y siempre permaneció vinculada al de Prima Media con Prestación Definida; **condenar** a la AFP Porvenir .S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., junto con los gastos de administración; **condenar** a Colpensiones a recibir al promotor del juicio como su afiliado y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros transferidos por la AFP; **declarar** no probada la excepción de prescripción. (fl. Cd. 290).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que la AFP cumplió con el deber legal que se le imponía al momento en que se celebró el acto jurídico de traslado, lo que implica que no puede tenerse como ineficaz dicho negocio jurídico; ahora bien, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, impone la ineficacia cuando se incurre en actos que atenten contra la afiliación de un trabajador o posible afiliado, aspecto este que no acaece en el sub lite, en tanto la sociedad brindó la información completa al demandante al momento de la afiliación, sumó a ello, que se incorporó la documentación necesaria para acreditar el deber de información que le asistía al momento de la celebración del acto jurídico, así mismo, afirmó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, sin desconocer la ausencia del deber del consumidor financiero por parte del demandante. Por último, señaló que no es procedente imponer condena por concepto de devolución de gastos de administración, por cuanto aquellos se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993, y en caso de accederse a dicha devolución, debe contemplarse que sobre estos opera el fenómeno extintivo de la prescripción al no hacer parte del haber pensional del afiliado.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que de las pruebas recaudadas no se puede establecer que efectivamente haya existido una omisión en la información por parte del fondo privado Porvenir S.A., al momento de la celebración del acto jurídico de traslado, en tanto dicho acto se efectuó de forma libre y voluntaria, sumó a ello, que el actor no es beneficiario del régimen de transición lo que le impide retornar el cualquier tiempo al RPM, del mismo modo; señaló que la AFP cumplió con el deber legal que se le



imponía al momento de la afiliación. Por último, afirmó que, de accederse a las pretensiones de la demanda, se pone en riesgo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: La parte demandante en la oportunidad procesal otorgada allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que peticiona la confirmación de la sentencia apelada, al considerar que en el presente asunto no se puede hablar de libertad informada ya que al momento del traslado el Fondo de Pensiones omitió el deber de información, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido, lo que decanta en que no hubo un consentimiento informado y por ende se abre paso a la invalidez del acto jurídico de vinculación.

Parte demandada: A su turno, la accionada **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, allegó escrito de alegaciones de conclusión en el que solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, por considerar, en síntesis, en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz. Sumó a ello, que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma establece la ineficacia cuando existen actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador; es decir, se exigen conductas dolosas que impidan o atenten la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado, supuestos de facto que no se cumplen en



el asunto de autos. Por último, señaló que no es procedente impartir condena por concepto de gastos de administración, ya que los mismos surgen de una disposición legal.

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 922 a 93 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, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por CARLOS RENÉ ROMERO LIEVANO 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.



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, historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 47 a 51); derecho de petición elevado ante Porvenir S.A., y su respectiva respuesta (fl. 54 y 55); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 56); formulario de vinculación emitido por Porvenir S.A. (fl. 57 y 335); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 58 a 70); relación de aportes emitida por Porvenir S.A. (fl. 71 a 88); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 91) reclamación administrativa y su contestación (fl. 92 y 93); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 95 y 96); copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 100); Resoluciones emitidas por la Superintendencia Financiera (f. 109 a 187); comunicados de prensa (fl. 188 a 205, 336 y 337); análisis calculo actuarial (fl. 219 a 247).

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 voluntad 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos



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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1ª de abril de 1987, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 47 a 51, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 24 de septiembre de 2001 (fl. 57), 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. 57).

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 « *En el año 2001, en el mes de septiembre fueron unos funcionarios de Porvenir a la Universidad, esa fue la inscripción, ellos nos argumentaron algunas situaciones que el Seguro tenía problemas, que seguramente el Seguro iba a desaparecer y ellos nos ofrecían una afiliación con algunas ventajas respecto a lo que podía proponernos, porque en ese momento se llamaba Seguro Social* ». (Cd. Fl. 342).

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 Administradora de Fondos de Pensiones 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 al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el 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 el demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a que tales dineros tienen una destinación legal y ya fueron invertidos para la debida administración de los recursos del actor, sumado a que de accederse a tal aspiración se entraría a comprometer el patrimonio de sociedad.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

(...)

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por último, en lo referente a la prescripción en torno a los emolumentos denominados gastos de administración, mismos que al sentir de la AFP encartada, no hacen parte de la construcción del derecho pensional y que por tal razón, dicho fenómeno extintivo opera sobre estos dineros, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, tales emolumentos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por lo hasta aquí estudiado, es que surge patente la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

COSTAS Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada.

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

R E S U E L V E



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 13 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CARLOS RENÉ ROMERO LIÉVANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** CONTRA **RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La entidad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. por intermedio de apoderado judicial, persigue se condene a RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA al reembolso de las prestaciones asistenciales o económicas y reserva matemática, asumidas y otorgadas a LILIA AVILA ARDILA, a prorrata y por el tiempo que la trabajadora estuvo expuesta a riesgo psicosocial, mientras se encontraba afiliada a COLMENA S.A. o, en subsidio, por el porcentaje que se establezca en el proceso; en consecuencia, se condene a la demandada a pagar el 100% o el porcentaje que se correspondiente de (i) \$28.956.672 por concepto de prestaciones asistenciales y las que en lo sucesivo se continúen causando; (ii) \$14.212.055 por concepto de mesadas causadas y pagadas en valor de \$1.093.235 desde el 1° de septiembre de 2016 y las que en lo sucesivo se continúen causando; (iii) \$242.876.712 por concepto de la reserva matemática constituida para atender el pago de la pensión de invalidez por enfermedad profesional junto con los reajustes legales a que hubiere lugar; (iv) la suma de \$49.707.769 por concepto de incapacidades temporales pagadas, junto con los intereses moratorios o la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso, folios 4 a 6.

Fundamenta su petitum en los supuestos de facto relatados a folios 1 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten que la señora LILIA AVILA ARDILA en su condición de trabajadora de la Fiscalía General de la Nación estuvo vinculada a la ARL Riesgos Laborales Colmena S.A. Compañía de Seguros de Vida hasta el 28 de febrero de 2015, siendo trasladada a la ARL Postivia Compañía de Seguros, entidad que asumió los riesgos laborales de la empleada. Aduce que durante su afiliación a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la ARL Colmena la señora Avila Ardila estuvo expuesta a riesgos físicos y ergonómicos, en el ejercicio de sus funciones como Asistente de Criminalística IV, como así da cuenta su dictamen de calificación en primera oportunidad. Agrega que mediante dictámen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Invalidez de Huila, determinó a la señora Lilia Avila una pérdida de capacidad laboral del 53,54% por la patología Tendinitis MSD y Causalgia, motivo por el cual adquirió el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad de origen profesional, así como las prestaciones asistenciales de que trata el artículo 5° del Decreto 1295 de 1994, que fueron asumidas por Positiva Compañía de Seguros, dado que desde su afiliación mereció el cubrimiento de las mismas, precisando que a la fecha de presentación de la demanda la entidad ha asumido lo siguiente: (i) \$14.212.055 a título de mesadas pensionales, (ii) reserva matemática para el pago de la pensión de invalidez, por valor de \$242.876.712; (iii) \$49.707.769 por el reconocimiento de incapacidades temporales; (iv) \$28.956.672 a título de prestaciones asistenciales. Concluye manifestando que solicitó a la demandada el reembolso de los dineros cubiertos, sin que a la fecha hubiera gestado el pago pertinente.

CONTESTACIÓN: El demandado **COLMENA SEGUROS S.A.**, contestó el libelo introductor oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que no existe prueba fehaciente del pago de las prestaciones económicas y asistenciales a su beneficiaria, máxime cuando se constata la prescripción de la acción de recobro, la ausencia de cobertura del siniestro y la extinción por pago a través de la compensación de la prestación asistencial. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados ausencia de prueba de la prestación asistencial cuyo recobro se pretende, inexistencia de prueba sobre el pago de las prestaciones asistenciales cuyo recobro se pretende, descuento de las prestaciones asistenciales efectivamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

asumidas por mi representada Compañía de Seguros de Vida Colmena S.A., improcedencia del recobro frente a las incapacidades temporales, falta de acreditación de la prestación y del efectivo pago cuyo recobro se pretende, descuento de las prestaciones económicas efectivamente asumidas por mi respresentada, improcedencia del recobro sobre mesadas pensionales futuras como un pago incierto, extinción de la obligación por compensación, prescripción laboral de las prestaciones recobradas, improcedencia del cobro de intereses moratorios e indebida distribución proporcional del recobro de acuerdo con los mandatos legales que gobiernan la materia, folios 354 a 395.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 4 de noviembre de 2020, decidió declarar que la demandada debe responder por el 77% del valor de las prestaciones asistenciales y económicas pagadas a la señora Lilia Avila Ardila por Positiva Compañía de Seguros S.A. en proporción al tiempo de exposición al riesgo con cada una de ellas; condenar a la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., a reembolsar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las siguientes sumas: a.) \$13.653.939 por concepto de prestaciones asistenciales b.) \$38.274.982 a título de incapacidades temproales c.) \$42.634.930 por mesadas pensionales pagadas entre el 1º de septiembre de 2016 y el 29 de febrero de 2020 d.) \$187.015. por concepto de reserva matemática calculada para el pago de las meadas pensionales futuras; declarar probada la excepción de improcedencia del cobro de intereses moratorios, parcialmente probada la de prescripción y no probadas las demás propuestas por el extremo pasivo; condenar en costas a la demandada, medio magnetofónico a folio 463.

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el único antecedente de exposición laboral vinculado a las enfermedades laborales de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

señora Lilia Ávila Ardila, fue su trabajo en la Fiscalía General de la Nación, en virtud del cual fue vinculada a la ARL Colmena Seguros y posteriormente, a Positiva Compañía de Seguros, siendo el tiempo de exposición al riesgo en la primera de las entidades 12 años, 3 meses y 4 días, y en el caso de Positiva Compañía de Seguros 3 años y 6 meses, precisando que en este último caso se contabiliza hasta la fecha en que se le reconoció la pensión de invalidez a la afiliada, que lo fue el 1° de septiembre de 2016, por manera que la sociedad demandante tiene derecho a repetir el valor que corresponde a las prestaciones asistenciales y económicas, en proporción al tiempo de exposición al riesgo durante su vinculación a cada ARL.

Indica que del material probatorio arrojado al plenario, es posible concluir que Positiva Compañía de Seguros S.A. efectuó el pago de los medicamentos suministrados y de los procedimientos realizados a la afiliada, como también efectuó el reconocimiento de incapacidades y mesadas pensionales generadas, siendo posible ordenar el reembolso proporcional desde el 1° de noviembre de 2013, por efectos de la prescripción extintiva, a cargo de Colmena en proporción del 77% de las prestaciones, incluida la reserva matemática calculada para el pago de las mesadas pensionales futuras, a razón de 4.314 días de exposición, del total de 5.777. Concluye manifestando que no es procedente descontar de la condena los valores pagados por Colmena sobre prestaciones asistenciales reconocidas a la afiliada, porque las mismas tuvieron lugar mientras se encontraba vinculada a dicha sociedad.

RECURSO DE APELACIÓN: La demandada **COLMENA S.A. interpuso recurso de alzada** indicando como motivos de disidencia que no se acreditaron los presupuestos establecidos en la Ley 776 de 2002 para que procediera la acción de recobro, pues para ello se requería la existencia de una enfermedad laboral derivada de la exposición al riesgo o un factor ocupacional presente durante la afiliación de la trabajadora a la ARL, así como una relación entre la patología y la prestación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

recobrada y el pago efectivo de las prestaciones económicas respecto de las que se pretende el reembolso, amén que tampoco se puede equiparar el tiempo de exposición con el período de afiliación. Aduce una inexistente actividad probatoria por parte de la demandante, quien debió asumir la carga impuesta en el artículo 167 del CGP, dado que no se evidencia que efectivamente hubiere asumido las prestaciones asistenciales y económicas que recobra, en tanto se limitó a allegar unas facturas generales, unas certificaciones del Revisor Fiscal y de la Gerencia de Indemnizaciones de la Compañía que no revisten la idoneidad para demostrar un pago efectivo, lo cual tampoco puede advertirse acreditado con el propio dicho de la parte convocante. Agrega que no se desmotró la relación de causalidad de los tratamientos o servicios presuntamente prestados a la señora Lilia Avila Ardila, ni su pertinencia para el tratamiento de las patologías reconocidas por Colmena, no existiendo certeza si su pérdida de capacidad laboral se produjo por las enfermedades en que supuestamente se generaron de la exposición del riesgo durante su afiliación a Colmena, porque se encontró que entre 1995 y 2010, fue trabajadora de un empleador distinto a la Fiscalía General de la Nación.

Precisa que las incapacidades temporales se encuentran exclusivamente a cargo de la ARL a la cual la afiliada se encuentra vinculada al momento en que se genera la incapacidad; sumando a ello que debía descontarse los valores de las prestaciones asistenciales y económicas oportunamente reconocidas por Colmena y sobre la reserva matemática, no existe certeza de su real causación, ni de su pago, al margen que no existe prueba que permita establecer de manera cierta la forma y las variables que tomó la ARL demandante para efectuar ese cálculo. Concluye afirmando que el A quo no tuvo en cuenta que la obligación de Colmena se extinguió en virtud del mecanismo de compensación ordenado por el Gobierno Nacional en el año 2015, pues todos los siniestros pagados por la sociedad entre el 1º de octubre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2014 y el 30 de septiembre de 2015 incluyen todas las prestaciones presuntamente reconocidas a la señora Lilia Ávila por parte de Positiva Compañía de Seguros.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: Indica que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. no acreditó el cumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos para que procediera la acción de recobro y en consecuencia, no era posible proferir condena en contra de la demandada; sumando a ello que cualquier eventual obligación que hubiera surgido a cargo de COLMENA SEGUROS S.A., se encuentra extinta, en virtud del mecanismo de compensación ordenado por el Gobierno Nacional en el año 2015. Agrega que la suma por la cual se condenó a COLMENA SEGUROS S.A., carece de sustento, por cuanto no existe certeza de su pago efectivo por parte de POSITIVA S.A. Concluye afirmando que en caso de confirmarse la condena, esta deberá ser proporcional al tiempo de exposición a las diferentes administradoras de riesgos laborales, pues la eventual responsabilidad de la demandada sería en proporción al tiempo en que otorgó su cobertura a dichos riesgos, única y exclusivamente durante el periodo en que se probó que efectivamente hubo factor de riesgo en la afiliación de la señora LILIA AVILA ARDILA a COLMENA SEGUROS S.A., prueba que corresponde a la parte actora.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y los recursos de alzada; esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, en especial aquella reglada en el artículo 66A del C.P.T., se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos, para ordenar el reembolso de las prestaciones económicas y asistenciales otorgadas a la afiliada LILIA AVILA ARDILA o, si aquellas no fueron debidamente acreditadas por ausencia de material probatorio.

De evidenciarse cumplidos los presupuestos para el reintegro monetario, concretar si las prestaciones económicas o asistenciales se encuentran compensadas por orden del Gobierno Nacional.

Previo a ello, la Sala de Decisión se permite considerar que, bajo las actuales determinaciones emanadas del H. Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional, es ésta especialidad la encargada de dirimir los conflictos suscitados entre administradoras de riesgos laborales cuando se busca el reembolso de sumas pagadas a sus afiliados, a lo cual se adiciona, que tal competencia encuentra igualmente camino de prosperidad, en tanto, estos asuntos no solo se refieren a pautas por facturas o cuentas médicas como si se estuviera en presencia de situaciones de resolución tajante o sin mayores miramientos, sino que, por el contrario, merecen una análisis disímil al ser indispensable evidenciar la concurrencia de una patología de origen laboral, cuantificar las dimensiones del riesgo y su exposición, contrastado con los rangos de afiliación.



Razones precedentes que conducen, en este especial evento, a asumir el conocimiento del *sub judice*.

RIESGOS PROFESIONALES – REEMBOLSO

De cara a analizar el objeto de debate planteado, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiarán el *examine* y la posible construcción o deconstrucción de las tesis planteadas por los extremos procesales.

Conforme a ello, se precisa que en tratándose de riesgos por actividades ejecutadas en el marco de una relación laboral, se ha concretado la ocurrencia de dos posibles responsabilidades, a saber, las subjetivadas y objetivadas, siendo éstas, las últimas, las que conducen a la reparación de daños a cargo de las administradoras de riesgos profesionales, inherente al reconocimiento de beneficios o prestaciones económicas cuando el acreedor se encuentra afiliado al sistema. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral enseñó en las sentencias bajo rad. 39446 de 2012, reiterada en la SL 16792 de 2015 y SL 10186 de 2007, que:

*«(...) **en materia de riesgos profesionales**, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciadas; **una de tipo objetivo, derivada de la relación laboral, que obliga a las administradoras de riesgos profesionales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.***

Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

accidente de trabajo o de la enfermedad profesional' (...)» (resalta fuera de texto)

Así, bajo el amparo del sistema de riesgos profesionales, se garantiza el pago de prestaciones económicas como incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y, a su vez, de aquellas tituladas como asistenciales, que abarcan atención integral del incidente como promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación (Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1072 de 2015).

Es en cumplimiento de las anteriores obligaciones encomendadas a las administradoras, que en el evento de presentarse el riesgo laboral y, con ello, el pago de prestaciones monetarias, la entidad que en su momento tenga la afiliación del trabajador deberá ejecutar su reconocimiento, conforme lo enseña el parágrafo 2º, artículo 1º de la Ley 776 de 2002, que a la letra refiere:

«ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES. *Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación*» (subraya fuera de texto)»

Precisando que:

«Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

proporcionalmente por el valor pagado **con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras**, entidades o a su empleador de haber tenido periodos sin cobertura» (resalta fuera de texto)

Institución que igualmente fue relatada en el artículo 5° del Decreto 1771 de 1994, compilada en el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No. 1072 de 2015, en su artículo 2.2.4.4.5., que a la letra indica:

«Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación.

La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la presión de invalidez o de sobrevivientes» (acentúa la Sala)

En lo que concierne al reintegro de las prestaciones asistenciales atina el A quo al establecer la procedibilidad, bajo los lineamientos del parágrafo 2°, artículo 1° de la Ley 776 de 2002, ya citados.

Atendiendo las pautas que preceden, innegable resulta concluir que la institución reclamada por la parte convocante a juicio, en efecto, se encuentra establecida dentro de la normatividad nacional y da lugar al reintegro completo o, a prorrata, de las sumas pagadas con ocasión a las patologías de los afiliados, a la administradora que a esa fecha estaba en resguardo de los derechos del trabajador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la llamada a debate COLMENA S.A., aprecia que no se prueba el pago asumido por la convocante en relación con las prestaciones que reclama, amén que no existe certeza sobre una enfermedad laboral derivada de la exposición al riesgo durante la afiliación de la señora Lilia Avila Ardila a Colmena, conforme a la información obrante en el proceso que da cuenta de la vinculación a otro empleador distinto a la Fiscalía General de la Nación entre 1995 y 2010. En su sentir, tampoco se puede equiparar el tiempo de exposición con el período de afiliación y no se acredita la relación de causalidad de los tratamientos que supuestamente se prestaron a la afiliada y su pertinencia para atender la patología.

En lo concerniente a los requisitos ineludibles para causar tal prerrogativa, se advierte que contrario a lo informado por la parte demandada, la demostración fehaciente del nexo de causalidad entre la prestación concedida y la patología, así como la pertinencia de su tratamiento, en manera alguna comporta los lineamientos contemplados en los artículos *ejusdem*, pues de su lectura emana que lo indispensable para demostrar el derecho al reembolso, es la concreción de la protección por la ARL y la exposición en el tiempo del riesgo laboral, bien ergonómico, funcional, biológico, pero sin limitarlo a una enfermedad. *Itérese* lo enunciado en el Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.4.4.5., al referir que la restitución debe ejecutarse a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, ***«y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad»***, coligiéndose que tal estipendio no constituye un requisito *sine qua non* para proceder a su estudio y, evidentemente, a su pago.

Ahora bien, de las pruebas documentales obrantes en el proceso se advierte que la señora Lilia Ávila Ardila presentó afiliación a ARL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COLMENA del 24 de noviembre de 2000 al 28 de febrero de 2013 (fl.411), contando con un rango de vínculo a cargo de POSITIVA S.A. del 1° de marzo de 2013 al 23 de mayo de 2017 (fl.22).

Igualmente, contrario a lo indicado en la alzada, se constata conforme el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 24 de enero de 2013 adosado a folios 420 a 422, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, la definición de las patologías de SINDROME DEL TUNEL CARPIANO, TENDINITIS CALCIFICANTE DEL HOMBRO y TRANSTORNO MIXTO DE ANSIEDAD y DEPRESIÓN de carácter profesional, en el cual además se refieren los riesgos ergonómico, físico, ambiental y público, y si bien no se define expresamente el tiempo de exposición, se indica lo siguiente: *«PACIENTE REMITIDA POR CONTROVERSIA POR PCL CALIFICADA EN PRIMERA INSTANCIA POR ARL COLMENA CON UN PORCENTAJE DE 50,28%. STC BILATERAL ACEPTADA COMO PROFESIONAL EL 06-06-2008 Y LUEGO EL SÍNDROME DOLOROSO REGIONAL COMPLEJO, DEDO DERECHO EN GATILLO, TENDINITIS MSD, EPICONDILITIS DERECHO ACEPTADA COMO PROFESIONAL EL 28 DE DICIEMBRE DE 2009, SE ENCUENTRA INCAPACITADA DESDE SEPTIEMBRE 11 DE 2009, **CUADRO DE INICIO DESDE EL 2005**, CARACTERIZADO POR DOLOR DE MIEMBROS SUPERIORES, EL CUAL A PESAR DE LOS MÚLTIPLES TRATAMIENTOS NO HA MEJORADO.»*

De igual manera, se refiere dentro de los antecedentes de exposición laboral, al empleador Fiscalía General de la Nación, lo cual se reitera en el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 12 de abril de 2013, especificandose como cargo Asistente Criminalístico (fl. 424).

Dimanando de lo expuesto que no le asiste razón a la recurrente cuando aduce que no media certeza sobre una enfermedad laboral derivada de la exposición al riesgo durante la afiliación de la señora Lilia Ávila Ardila a Colmena, bajo el argumento de vinculación a empleador diferente a la Fiscalía General de la Nación entre los años 1995 a 2010, pues resulta claro de lo establecido por los dictámenes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, que la señora Lilia Ávila Ardila por lo menos desde el año 2005, data en que se presentó la sintomatología de su patología, se encontraba expuesta a los riesgos ergonómico, físico, ambiental y público, como afiliada a Colmena a través del empleador Fiscalía General de la Nación, por lo que la Sala no puede acceder a la revocatoria del mismo bajo ese entendimiento, siendo importante advertir de manera adicional, que conforme a los argumentos de la alzada, no se observa controversia frente a la proporción del tiempo sobre el cual es responsable la demandada, y por ende el porcentaje definido por el Juzgado, en relación con las prestaciones económicas y asistenciales que aquí se recobran.

No obstante, se constata que analizada la documental adosada a las diligencias, no se evidencia constancia efectiva de que POSITIVA S.A. cubriera las prestaciones asistenciales reclamadas, pues a pesar de hallar autorizaciones de servicios e igualmente conformarse el plenario con cuentas de cobros radicadas por prestadores de servicios (folios 25, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 37, 38, 42, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 56, 59, 61, 62 a 63, 64, 66 68, 69, 71, 72 a 74, 76 a 78, 80 a 82, 84 a 86, 88 a 93, 96 a 99, 103 a 104, 107 a 116, 112 a 114, 116 a 119, 121 a 123, 125 a 132, 143 a 161, 197 a 212 y 223 a 342), lo cierto es que de ellas no deriva la constancia fehaciente de pago por POSITIVA S.A., implicando con ello que debía la activa confirmar el cubrimiento en el pago con medio de convicción idóneo y, más aun, por el monto allí cobrado por la IPS, lo cual no puede entenderse suplido con la certificación a folio 133, no solo por ser una manifestación emanada del mismo reclamante en construcción de su prueba y sin soporte, sino que dentro del cuerpo del escrito no se reseña la fecha de cancelación; a lo que se suma, que del legajo militante a folios 27, 263, 292, 332 y 337 se logra corroborar que la accionante elevaba glosas a los servicios recobrados.



Sobre el pago de incapacidades para la anualidad 2013 habrá de señalarse que únicamente se incorpora un reporte global de subsidios por incapacidad, pero sin anunciar la razón de su pago, a título de qué diagnóstico y si éste presenta igualdad con las patologías objeto de diagnóstico y cobertura parcial por COLMENA S.A. (fls.246 a 218), además, de la certificación adosada a folio 215, se refiere el pago global de 26 incapacidades temporales, pero sin evidenciarse soporte de cancelación al afiliado y la calenda de realización.

Al igual conclusión arriba la Sala sobre el pago de mesadas pensionales a favor de la señora Lilia Ávila Ardila, puesto que se allega certificación sobre el valor de la mesada pensional y su fecha de ingreso a nómina (fl. 24), empero no se allega soporte de pago a la afiliada, ni la fecha en que éste tuvo lugar.

Finalmente, en lo que atañe a la reserva actuarial que se reclama en el *libelo* genitor, se tiene únicamente certificación expedida por la propia convocante a juicio sobre el valor de la misma, \$242.876.712, sobre la cual solo se alude a la utilización de los parámetros, metodología y bases técnicas consignados en la nota radicada en la Superintendencia Financiera de Colombia (fol. 39), documento que igualmente corresponde a una manifestación de quien pretende su reconocimiento, y que no se acompaña de ningún soporte.

En esa medida, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver de todas las pretensiones incoadas en contra de **COLMENA S.A.**, por ausencia de medios probatorios que permitan evidenciar el adeudo en prestaciones asistenciales y económicas respecto de la afiliada en mención; en tanto, se memora, que es deber de quien persigue el acceso de un derecho a su favor, demostrar los supuestos de facto que la sustente bajo los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

apremios reglados en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por reenvío a la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y, sin que pueda suplirse con la acotación de que puede entenderse su pago por los términos con que cuentan para el desembolso, pues ello desdice del deber probatorio encomendado a cada parte.

COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la demandante, tásense en primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 4 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a **ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la demandante, tásense en primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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-
de 2020-*



AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **VIVIANA PATRICIA GARCÍA BARBARÁN** CONTRA LA **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., - FIDUPREVISORA S.A.**, EN CONDICIÓN DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE LIQUIDADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **VIVIANA PATRICIA GARCÍA BARBARÁN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral se declare, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual tuvo lugar entre el 23 de abril de 2013 y el 31 de enero de 2016, ostentando la calidad de trabajadora oficial y siendo beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 celebrada entre la empleadora y Sintracaprecom; como consecuencia, solicita se condene a la encartada a reconocerle y pagarle las acreencias laborales a que tiene derecho, tanto legales como convencionales; el reembolso del dinero que tuvo que sufragar por concepto de aportes a la seguridad social en pensión, salud y riesgos laborales; la indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949; la indemnización por terminación unilateral del contrato (plazo presuntivo); la indexación de los conceptos susceptibles de actualización, esto es, los reembolsos de los aportes al régimen de seguridad social y las vacaciones; lo que resulte probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho, folios 92 y 93.

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 93 a 96 del expediente, en los que en síntesis advierte que la Caja de Previsión



Social de Comunicaciones –Caprecom, para cumplir con su objeto social la vinculó a través de sucesivos contratos de prestación de servicios; que la relación material se extendió desde el 23 de abril de 2013 al 31 de enero de 2016, desempeñando los cargos de Técnico Profesional del Área de Proveedores hasta el 31 de diciembre de 2013 y Técnico Profesional de Apoyo en el Área Administrativa y Financiera desde el 2 de enero de 2014 hasta su retiro definitivo; que Caprecom siempre le fijó la remuneración salarial, siendo la última asignación mensual la suma de \$1´792.549; que nunca medió solución de continuidad entre un contrato y otro; que siempre cumplió un horario y desempeñó la labor encomendada de manera personal en las instalaciones de la entidad, con las herramientas de trabajo propiciadas por esta; que en Caprecom existió la organización sindical de carácter mayoritario Sintracaprecom; que a los trabajadores oficiales de la entidad siempre se les cancelaron las prestaciones extralegales; que la extinta Caprecom no le pagó las prestaciones sociales a que tiene derecho; que no la afilió al Sistema de Seguridad Social Integral; que agotó la reclamación administrativa el 26 de abril de 2018, la que fue desatada desfavorablemente.

CONTESTACIÓN: La demandada **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, en esencia, que entre la extinta Caprecom y la demandante jamás existió un contrato de trabajo, sino contratos de prestación de servicios celebrados conforme a la Ley 80 de 1993 artículo 32 y sus Decretos Reglamentarios, por lo que no es dable acceder a las pretensiones declarativas y de condena.



Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de relación laboral, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho para la reclamación de la indemnización moratoria por existencia de buena fe de la demandada y su proceso de liquidación, inexistencia de indemnización por terminación unilateral del contrato-despido injusto, inexistencia del derecho para reclamar intereses a las cesantías, inexistencia del derecho para reclamar prima de servicios legal, prescripción y la genérica. (fl. 119 a 135 y 196 a 212).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 11 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** que entre la demandante y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom E.I.C.E. hoy liquidado, se verificó una relación de trabajo vigente entre el 10 de abril de 2013 al 31 de enero de 2016, devengando como último salario la suma de \$1.792.549; **declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos laborales causados con anterioridad al 25 de abril de 2015, a excepción de las cesantías; **condenar** a la sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., -Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom E.I.C.E. hoy liquidado a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos debidamente indexados:

- a) **\$3.136.960** Por concepto de auxilio de cesantías
- b) **\$1.369.558** Por concepto de vacaciones y prima de vacaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- c) **\$1.369.558** Por concepto de prima de navidad
- d) **\$1.369.558** Por concepto de primas convencionales
- e) **\$662.000** Por auxilio de transporte convencional
- f) **\$3.591.098** Por concepto de prima de retiro
- g) **\$359.109** Por concepto de bonificación por recreación
- h) **\$16.219.792** Por concepto de indemnización moratoria
- i) Devolución de las sumas correspondientes al porcentaje que por ley debe efectuar el patrono al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones.

absolver a la encartada de las demás pretensiones formuladas en la demanda; **condenar** en costas a la demandada. (fl. Cd. 243).

Lo anterior por considerar el *a quo* que del material probatorio acopiado al informativo se logró establecer de forma clara la existencia de un verdadero contrato de trabajo, en tanto la demandante siempre prestó sus servicios a Caprecom bajo su continuada subordinación, en labores que no son propias de la actividad independiente, cumpliendo un horario de trabajo, en las instalaciones de la entidad y utilizando las herramientas de trabajo propiciadas por esta, aspectos estos que permiten acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante **VIVIANA PATRICIA GARCÍA BARBARÁN**, censuró parcialmente la anterior decisión, al considerar que no le asiste razón al sentenciador de primera instancia en lo referente a tener por declarado parcialmente el medio exceptivo de la prescripción, toda vez que conforme a la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16528-2016, el término trienal debe contarse partiendo



de la terminación del contrato de trabajo hacia atrás, cuando la reclamación administrativa se elevó oportunamente, lo cual implica en el caso analizado que los derechos causados entre el 31 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2016 no se encuentran afectados por el fenómeno en cuestión, siendo procedente la reliquidación de todas las acreencias reconocidas por el Juzgado de Conocimiento, así como el pago de la sanción por falta de consignación de las cesantías.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, censuró la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, al considerar que, la Convención Colectiva de Trabajo en su artículo 58 establece dos meses como prima de retiro, a favor de aquellos servidores que deciden retirarse de la empresa, situación que no ocurre en el caso analizado, pues según lo estableció el Juzgado de Conocimiento, el contrato de trabajo realidad, terminó por expiración del plazo pactado, el 31 de enero de 2016, lo cual era del conocimiento de las partes. Del mismo modo, señaló que para efectos de condenar a la indemnización moratoria, debe tenerse en cuenta el plazo de 90 días hábiles, luego, la misma procede desde el 14 de junio de 2016, fecha esta en que la entidad tenía el último plazo para pagar los derechos que han sido reconocidos a través de la sentencia de primera instancia.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: Persigue la modificación de la fecha de inicio de la sanción moratoria impuesta por el no pago de salarios y prestaciones sociales, toda vez que, las entidades cuentan con 90 días para efectuar la liquidación y pago de las condenas, y será desde esa fecha que empezará a contar la sanción moratoria impuesta por el A Quo, quien en su conteo erradamente dispuso que sería a partir del 1º de mayo de 2016, siendo lo correcto a partir del 14 de junio de 2016, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913, que en su tenor indica: *“En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”* De otro lado, indica que la prima de retiro convencional es un beneficio a favor de aquellos servidores que decidan retirarse de la empresa, situación que no se configuró en el caso bajo examen, ya que se tiene probado que el otrora contrato de prestación de servicios suscrito con la señora García Barragán, terminó por expiración del plazo pactado.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4° de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa presentada ante la encartada el 26 de abril de 2018 (fls 4 a 7).

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

Decreto 2148 de 1992², Decreto 2519 del 28 de Diciembre de 2015³, Diario Oficial No50.129 del 27 de enero de 2017⁴, Decreto 2127 de 1945⁵, Sentencia C - 614 de 2009 con ponencia del Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt⁶, Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1012-2015 del 28 de enero de 2015, Radicación N.º 44651⁷, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral,

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

³ Se suprimió el la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", EICE y se ordenó su liquidación.

⁴ Por medio de la cual se publicó acta final del proceso liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada.

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

⁶ Declara exequible en Decreto 3074/1968 y entroniza el concepto de la modalidad contractual en el sector oficial, y no de presunción legal del contrato de trabajo, por cuanto de conformidad con la Constitución Política de Colombia la prelación del servicio lo puede ser como trabajador oficial o empleado público, al aplicar la presunción debe respetarse o acatarse la constitución.

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



sentencia No. 37656 del 10 de mayo de 2011⁸, Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 1997⁹ y Ley 80 de 1993 (artículo 32)¹⁰

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos demandatorios, las manifestaciones de la Juez de primer grado y las inconformidades planteadas en los recursos de alzada interpuestos por la parte demandante, así como de Fiduprevisora S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor del PAR Caprecom EICE Liquidado, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales, determina como problema jurídico a resolver, en esta instancia, el establecer si, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, entre la Viviana Patricia García Barbarán y la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom EICE liquidado, existió una única y verdadera relación de índole laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 23 de abril de 2013 y el 31 de enero de 2016; de resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si le asiste derecho a la accionante a que se le reconozca y paguen las prestaciones sociales legales y extralegales producto de dicha relación laboral.

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

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

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



RELACIÓN DE TRABAJO

Con el fin de acreditar la existencia del nexo contractual de carácter laboral, de la documental aportada al plenario se evidencia copias de contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, junto con sus respectivas prorrogas y de los cuales se observa que la demandante fue contratada para desempeñar como último cargo el denominado «**TECNICO DE APOYO A LA GESTIÓN EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE DIRECCIÓN TERRITORIAL AMAZONAS**». Que se detallan a continuación:

No.	CONTRATO No.	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	FOLIO
1	OR - 048 - 2013	23-04-2013	31-12-2013	Cd a folio 184 archivo 3
2	OR - 007 - 2014	07-01-2014	30-06-2014	83 a 89
3	OR - 056 - 2014	01-07-2014	31-12-2014	Cd a folio 184 archivo 5
4	OR - 001 - 2015	13-01-2015	13-07-2015	78 a 81
5	OR - 065 - 2015	14-07-2015	31-01-2016	66 a 70

De las anteriores pruebas documentales, se puede concluir en primer lugar, que la entidad en atención a lo normado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, acudió a la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de aquella.

Ahora, como se trata es de verificar si en la realidad tales contratos de prestación de servicios se ejecutaron como verdaderos o no contratos de trabajo, se impone analizar la prueba testimonial recibida en primera instancia.



Sobre el particular, la demandante al momento de rendir interrogatorio de parte aceptó que prestó sus servicios a favor de Caprecom, desde el 23 de abril de 2013 hasta el 31 de enero de 2016, en dos sedes distintas de la entidad, todo ello hasta su liquidación, sin que existiera solución de continuidad; indicó que manejaba toda la facturación que se radicaba en la territorial, se encargaba del ingreso de todas las facturas y realizaba las planillas para pago de los proveedores; que su supervisor era el señor Jorge Nova; adujo que su labor era realizada en las instalaciones de Caprecom, con las herramientas suministradas por la entidad, actividad que no podía delegar a ninguna persona, y ante una ausencia debía pedir autorización a la Directora a cargo; del mismo modo que cumplía un horario de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., el cual inicialmente se controlaba con un diligenciamiento de una planilla, y posteriormente, mediante un aviso a la secretaria de la recepción; señaló que nunca disfrutó de descanso o vacaciones.

En igual sentido, fueron escuchados los testimonios de Teresa Revelo Pineda y Víctor López, quienes al unísono, fueron contestes en afirmar que conocieron a la demandante por ser compañeros y ejercer en la misma sede de la entidad; que la demandante estaba ubicada en el Área Financiera, precisando la señora Teresa Revelo que sus funciones implicaban el manejo de cuentas de los proveedores; indican que se cumplía un horario y que la entidad demandada les proporcionaba las herramientas de trabajo, que en el evento de no poder asistir, debía informarse al superior, que el jefe inmediato de la convocante se llama Jorge Nova de quien recibía órdenes, al igual que del Nivel Central vía telefónica y por correo electrónico; manifestaron que la accionante nunca interrumpió la prestación del servicio, no disfrutó de vacaciones e incluso laboraba más allá del horario de trabajo, el cual iba de 2:00



a.m. a 12 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. En cuanto a la testigo Luz Marina Enríquez Saavedra, su dicho no resulta relevante para el proceso, dado que indicó que trabajó para la entidad hasta el momento que entregó el puesto de trabajo a la convocante. (Cd. Folio 244).

Las anteriores manifestaciones resultan contundentes para demostrar que la accionante ejecutó las funciones encargadas, como Técnico Profesional de Apoyo a la Gestión en el Área Administrativa y Financiera de la Dirección Territorial Amazonas a favor de la extinta Caprecom, a saber «... **4.** Prestar el servicio contratado, con parámetros de calidad y de acuerdo con las normas establecidas según la profesión u oficio **5.** Dar aviso oportuno de aquellos aspectos que puedan generar obstáculos para el desarrollo de la prestación del servicio... **9.** Recepcionar los ingresos de la Regional, y realizar el registro respectivo en el libro de caja y bancos. **10.** Recepcionar y radicar las cuentas que presenten los proveedores, verificando que cumplan con los requisitos establecidos, efectuar el registro en el sistema financiero y remitir las para la auditoría debidamente relacionada cuando sea el caso, o continuar con su trámite. **11.** Recepcionar las cuentas auditadas, realizar las notas débito a que haya lugar y elaborar el comprobante de reconocimiento y pago para remitirlo a Tesorería. **12.** Organizar y mantener el archivo de los documentos del área siguiendo la normatividad establecida para ello, y asegurar su custodia. **13.** Efectuar el Registro automatizado en la Base de datos de la Red de prestadores contratada y liquidada por la Regional. **14.** Elaborar en coordinación con su jefe inmediato y siguiendo sus instrucciones, los informes que se deriven de la gestión del cargo, que sean solicitados por entes de control internos y externos... **18.** Las demás asignadas por el supervisor del contrato que se deriven del objeto contractual », lo cual, evidencia que su actuar no comportaría la calidad de empleado público, sino la de trabajador oficial al tenor de lo dispuesto por el Decreto 456 de 1997 aprobatorio del 024 del 28 de octubre de 1996, al señalar:

«ARTÍCULO 36. Clasificación de los servidores públicos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 314 de 1996, quienes desempeñen los siguientes cargos, serán empleados públicos:

1. Director General



2. *Secretario General*

3. *Subdirector*

4. *Director Regional.*

5. *Jefe de División.*

Con base en las facultades conferidas en el inciso 2 del artículo 5º, del Decreto-ley 3135 de 1968, quienes desempeñen los cargos de Jefe de Oficina, serán también empleados públicos.

Los demás servidores públicos de Caprecom son trabajadores oficiales»

Lo anterior, en la medida que la señora Viviana Patricia García Barbarán logró demostrar el desempeño de funciones como Técnico Profesional de Apoyo a la Gestión en el Área Administrativa y Financiera de la Dirección Territorial Amazonas, concluyendo la Sala, que la demandante, ostenta la calidad de trabajador oficial, de conformidad con las normas relatadas de manera precedente, durante el interregno relacionado en los contratos de prestación de servicios.

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

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



diciembre de 1997, radicación 10153, en la que explicó lo que a continuación se transcribe:

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

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

Motivo por el cual, es claro que en consonancia con lo anteriormente expuesto, se itera, que en el *sub lite* se evidencia la existencia de un contrato de trabajo o la presunción de continuidad contractual en el sector oficial, para el interregno de 23 de abril de 2013 al 31 de enero de 2016, que si bien, fue ejecutado bajo la celebración de diversos contratos de prestación de servicios, los mismos no presentan interrupciones prolongadas que desestimen la continuidad, por tanto, no se configura solución de continuidad, pues a la luz de las enseñanzas de la Corporación de cierre en materia laboral, para que ello ocurra, deben existir periodos superiores a los 30 días a efectos de entender que la intención de las partes era la de no continuar con la vinculación que las ató.



En tal medida, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que la relación laboral que unió a las partes finalizó el 31 de enero de 2016, en la medida que ese fue el plazo pactado por ellas al suscribir el contrato OR – 065 - 2015 (fl. 66 a 70), no obstante, y al haber sido declarado el contrato de trabajo, la demandante adquirió la calidad de trabajador oficial y por ende pasó a ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, sin que pueda eximirse de tales beneficios por no haberse afiliado al mismo, puesto que la Convención Colectiva 1996 a 1998, se hizo extensiva a todos los trabajadores por ser Sintracaprecom un sindicato mayoritario como obra en las documentales obrantes a folios 188 a 194 del informativo, en este mismo sentido lo ha establecido la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en especial en la sentencia del 23 de agosto de 2017 radicado SL 12825 con ponencia del Magistrado Omar De Jesús Restrepo Ochoa, en caso análogo donde expresó:

«El fundamento normativo del pago de prestaciones sociales extralegales, lo constituye la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la entidad demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social Sintraseguridadsocial, según se desprende del documento que milita a folios 216 a 284, la que tiene pleno valor legal y surte todos sus efectos, conforme a lo preceptuado por el artículo 469 del CST. En ella se estableció que tendría una vigencia de tres años contados entre el 1º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004.

Sobre el campo de aplicación, según lo consignado en el artículo 3º, se entiende que la demandante era beneficiaria de los derechos en ella convenidos conforme a lo establecido por el artículo 471 del CST, modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, porque "Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan



de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados».

Así las cosas, no existe duda que la demandante, dada su calidad de trabajadora oficial de Caprecom EICE, es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, de ahí que sea favorecida de las prebendas allí establecidas, por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada en este aspecto.

PRESCRIPCIÓN

Con el ánimo de estudiar las aspiraciones económicas incoadas en el introductorio, resulta indispensable entrar a analizar previamente si ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de las obligaciones laborales anheladas. Para lo cual, es importante recordar que por disposición de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, las acreencias laborales tienen un término de prescripción de 3 años que solo puede interrumpirse por una única vez mediante la presentación de la reclamación del trabajador al empleador.

Al respecto, se tiene que la relación laboral que ató a las partes se extendió entre el 23 de abril de 2013 y el 31 de enero de 2016, y como quiera que la reclamación administrativa fue radicada el 26 de abril de 2018 (fl 4 a 7) y la presente demanda fue instaurada el 26 de octubre de 2018, habiéndose notificado el auto admisorio dentro del año siguiente (fl 103 y 118), como lo ordena el artículo 94 del C.G.P, se tiene que en efecto, tal como lo alegó la parte demandante, el fenómeno extintivo no había operado en el presente asunto, razón por la cual, habrá de revocarse la sentencia en este aspecto.



BENEFICIOS CONVENCIONALES

AUXILIO DE TRANSPORTE

En este sentido el artículo 47 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone que: «CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional. Además continuará prestando el servicio de ruta de buses», por tanto, tiene lugar el reconocimiento y pago del auxilio de transporte, en la suma de **\$2´410.150,00**, por lo que se modificará la sentencia en este aspecto.

PRIMA DE RETIRO

La Convención Colectiva de Trabajo en su artículo 58 establece: «CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos, el equivalente a dos (2) meses de salario», así pues, es claro entonces que le asiste derecho a la trabajadora al reconocimiento y pago de este beneficio extralegal, sin que sea atendible lo esgrimido en la alzada, dado que la norma convencional no la condiciona a la renuncia de la trabajadora.

Sobre el particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4105-2020, en tratándose de un caso análogo que:

«(...)Situación diferente se presenta respecto de la “PRIMA DE RETIRO”, prevista en el artículo 58 anteriormente transcrito, pues a juicio de la Sala, el hecho de que el contrato de trabajo hubiera terminado en forma unilateral y sin justa causa, no es razón para privar a la demandante de esa prima, pues la citada preceptiva no establece ninguna restricción para acceder a dicho beneficio, menos aún, exige que el retiro del trabajador deba ser voluntario para esos efectos, como en forma equivocada lo dedujo el Tribunal.»

Así, teniendo en cuenta que el salario devengado por la señora García Barbarán a la terminación de la relación laboral lo fue la suma de



\$1.792.549 (fl. 66 a 71), el valor de la prima de retiro corresponde a **\$3'585.092,00** y no **\$3.591.098**. Por lo que se modificará la sentencia en este punto.

AUXILIO DE CESANTÍAS

Como quiera que, se encontró probada la existencia del vínculo contractual, y que el mismo no se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción, surge patente la imposición de condena por este concepto en la suma de **\$4'824.944,39**, sin embargo, al no haberse ejercido oposición por la parte demandante en este aspecto, pues si bien, petitionó la reliquidación de las condenas con fundamento a la no constatación del medio exceptivo de la prescripción, las aquí estudiadas no sufrieron los abatimientos de dicho fenómeno, suma a ello, que no resulta valido empeorar la situación de la demandada en aplicación de la *no reformatio in pejus*. En tal virtud, habrá de confirmarse la sentencia en este aspecto.

DE LA PRIMA JUNIO Y LA PRIMA DE NAVIDAD

Sobre el tema, el artículo 49 de la Convención Colectiva indica que *«CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados actualmente por prima de junio, los cuales no constituirán factor salarial»*, a su vez el artículo 50 consagra *«CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados actualmente por prima de Navidad, los cuales no constituirán factor salarial»*, prestaciones de las que es beneficiaria la demandante, sin embargo, una vez verificadas las documentales obrantes en el expediente no es posible establecer el monto de la prima de junio y de navidad que cancelaba la demandada, valor que se hace necesario para calcular los conceptos en cuestión, razón por la cual no es posible fulminar condena sobre estos pedimentos.



De otro lado, ha de precisar la Sala que la demandante no tiene derecho a la prima de navidad legal, dado que conforme a los artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 y 32 del Decreto 1045 de 1978, dicha prestación no tiene lugar para aquellos servidores que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación, lo cual ocurre en el *sub examine*, dado que la Convención Colectiva de Trabajo de la que es beneficiaria la trabajadora si pactó una prima de navidad.

DE LA PRIMA DE SERVICIOS

Por su parte el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo consagra: «*Dicha prima está reconocida en los artículos 49 y 50 de la presente convención colectiva*», es decir, la misma se encuentra en las primas de junio y en la prima de navidad, por tanto, deberá estarse a lo resuelto sobre cada una de estas prestaciones.

DE LAS VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES.

Persigue la actora el reconocimiento y pago de las vacaciones que se causaron durante la ejecución del vínculo contractual, lo que conforme a lo reglado en el artículo 8° y ss del Decreto 3135 de 1968, los artículos 45 y 46 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 52 del documento convencional, la suma a la cual tendría derecho la demandante asciende a **\$2'467.204.69**, y no de **\$1.369.558,00**, como lo indicó el *a quo*, en tal virtud, se modificará la sentencia apelada en este aspecto.



BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN

Por su parte el artículo 64 de la Convención Colectiva señaló: *“CAPRECOM reconocerá y pagará a sus servidores públicos tres (3) días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión de disfrute de vacaciones”*, bajo este entendido es claro que dicha bonificación se encuentra atada al disfrute de las vacaciones legales, las cuales, si bien la trabajadora no disfrutó con ocasión al modelo contractual que la entidad usó para ocultar la relación laboral, no puede desconocerse que tenía derecho a las mismas, lo que conlleva que también se fulmine condena en favor de la actora en lo atinente a la bonificación de recreación, la cual asciende a la suma de **\$358.510** y no el valor señalado por el Juzgado de **\$359.109**.

DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Solicita la accionante se condene a la demandada al pago del valor de los aportes que le correspondía efectuar a Caprecom como empleador y que ella sufragó de su patrimonio en un 100%.

La falladora de primera instancia ordenó reembolsar los valores pagados por la demandante por concepto de aportes a pensión en el porcentaje que por ley le corresponde al empleador, lo cual es procedente en este tipo de casos dado que el empleador es el llamado a pagar a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo



en la misma vinculación contractual ni el reembolso total al actor de los dineros cancelados, pues existe un porcentaje que debe asumir la accionante ante el sistema en calidad de trabajador.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones matemáticas de rigor considerando las documentales visibles a folios 14, 56, 58 a 64, 74 a 75, tenemos que la accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de \$788.722 frente al sistema de pensiones, y como quiera que pagó por este concepto la suma de \$1.222.513, la pasiva le debe reembolsar \$433.791, siendo lo procedente modificar la sentencia en este sentido.

SANCION POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha indicado que las normas del CST no son aplicables a los



trabajadores oficiales, entre otras, en sentencia 44069 del 12 de marzo de 2014, en la que indicó:

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

Dicho lo anterior, no cabe duda que la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los trabajadores oficiales, sin que exista regulación al respecto aplicable a este tipo de trabajadores y menos aún la Ley 344 de 1996, norma que nada menciona al respecto, lo cual dicho sea de paso, debe ser expreso por tratarse de una sanción, por manera que no es procedente acceder a tal pedimento, en los términos propuestos por la actora en su recurso de apelación.

SANCIÓN MORATORIA

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



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

De esta manera, en lo que atañe a la buena fe, la misma ha sido entendido por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en la sentencia del 30 de abril de 2013, con radicación 42466, siendo el Magistrado ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve, oportunidad en la que enseñó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*.

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala, que el proceder de CAPRECOM no se ajustó a los parámetros exigentes de la indemnización moratoria, y que en síntesis, son aquellos que evidencian buena fe en la actuación del empleador, pues la pasiva decidió ocultar la vinculación bajo la figura jurídica de contratos de prestación de servicios. Aunado a lo anterior, la simple afirmación de encontrarse bajo la figura de contratación prevista en la Ley 80 de 1993, no configura un eximente de sanción, como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en proveído SL 587 - 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz,



lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales a establecer la procedencia de este petitum, pues, se itera, el actuar de la convocada a juicio fue siempre ocultar la existencia de la vinculación legal y reglamentaria, y el pago de las acreencias laborales a lugar.

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

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta que el 27 de enero de 2017 fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Liquidada, se condenará a la encartada al pago de la sanción moratoria estableciéndola desde el 14 de junio de 2016, vencimiento de los 90 días hábiles, como se indica en la alzada conforme al artículo 62 de la Ley 4^a de 1913, y hasta el 27 de enero de 2017 con base a un salario diario de \$59.752, lo que asciende a la suma de **\$13,384,366**, conforme a la decisión mayoritaria de la Sala. Por lo que habrá de modificarse la sentencia en este aspecto.

Como quiera que se accede a la indemnización moratoria, no procede la indexación reconocida por la sentenciadora sobre las prestaciones sociales.



SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Con mí acostumbrado respeto a los demás Magistrados integrantes de la Sala de decisión, me permito manifestar que salvo mi voto de manera parcial respecto a la determinación de limitar la condena por concepto de indemnización moratoria, pues considero que la liquidación final de la pasiva no conlleva una situación eximente del reconocimiento a futuro de esta sanción, en la medida que el actuar de mala fe, al desconocer la relación laboral como lo ha predicado en forma por demás reiterada de la H. Corte Suprema de Justicia no se modifica con el fenecimiento de la entidad pues la norma fundamento de la sanción no establece limitantes derivados de la liquidación definitiva de la empresa condenada, siendo ello una interpretación restrictiva de los derechos de los trabajadores, más aun, cuando el pago de las obligaciones se trasladó a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM, bajo los conceptos jurídicos de la sucesión procesal reglada en el artículo 60 del C.P.C., pues de lo contrario se llegaría al dislate jurídico de que cualquier cambio o transformación de la persona jurídica sería un excluyente de la responsabilidad laboral y una forma de borrar la mala fe con que se viene actuando por parte de la entidad.

Por otro lado, el hecho de que estemos frente a la liquidación de la entidad, tampoco puede pregonarse un excluyente de responsabilidad subjetiva u objetiva de la mala fe con que viene actuando la demandada, por cuanto en los procesos de liquidación de grandes comunidades, las obligaciones laborales y de seguridad social gozan de extrema protección, debiendo cancelarse como gastos del proceso sin estar sometidas a graduación y calificación de créditos, lo que agrava aún más la mala fe con que se viene actuando frente los afiliados o



beneficiarios de la seguridad social, tal como lo advirtió la H. Corte Constitucional ante los requerimientos o acciones de tutela contra la Superintendencia de Sociedades al no darle prelación a dichos créditos laborales o de seguridad social, en situaciones similares.

Los anteriores razonamientos se cimentan en lo resaltado por la H. Corte Constitucional en la acción de tutela T 201 de 2015, adelantada por Jesús Alberto Ramírez contra la Sala Quinta de Decisión Laboral de este Tribunal y Fidudavivienda S.A., en donde se advierte que las deudas o créditos pasivos laborales, se hayan o no relacionado en el contrato fiduciario, los asume los fideicomisos, pues en sentir del suscrito magistrado en el presente no se está haciendo cesión de deudas o créditos individualizados, sino por el contrario lo que se está corrobora es una cesión o subrogación de pasivos laborales dentro de un todo, ello es, un patrimonio, entendido como un conjunto de derecho y obligaciones en cabeza de una persona natural o jurídica. Razón también, por la cual, no puede predicarse el desaparecimiento jurídico inane de la entidad objeto de las acciones de liquidación o insolvencia económica.

Por lo que debió fulminarse condena bajo los postulados de la H. Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, a saber, hasta cuando se cancelen los haberes sociales. Por cuanto la hermenéutica de la Corte Constitucional no es lo atinente a la cuantía de salario, sino la presentación de la demanda, cualquiera que sea la cuantía de salario dentro de los 24 meses. Si ello ocurre los salarios caídos caminan hasta cuando se paguen las condenas, situación diferente si la demanda se presenta después de los 24 meses evento ante el cual los salarios caídos van hasta los veinticuatro 24 meses y los intereses a partir del primer



día del mes veinticinco, en los anteriores términos dejo a salvo mi voto de manera parcial.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinaria laboral adelantado por **VIVIANA PATRCIA GARCÍA BARBARÁN** contra la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., -FIDUPREVISORA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM EICE LIQUIDADO**, para en su lugar, **DECLARAR** no probado el medio exceptivo de la prescripción propuesto por la demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la pasiva a reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$433.791, a título de devolución de aportes al Sistema General en Pensiones.



TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a la señora VIVIANA PATRCIA GARCÍA BARBARÁN, las siguientes sumas:

- a) **\$2´467.204,69** Por concepto de vacaciones y prima de vacaciones debidamente indexadas
- b) **\$2´410.150,00** Por concepto de auxilio de transporte convencional
- c) **\$3'585.092,00** Por concepto de prima de retiro.
- d) **\$358.510,00** Por concepto de bonificación por recreación
- e) Se **REVOCA** la condena por primas de navidad, primas convencionales e indexación de las prestaciones sociales, para en su lugar, absolver a la demandada de tales conceptos y se **CONFIRMA** la condena impuesta a título de cesantías.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, en el sentido de **CONDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a la señora VIVIANA PATRCIA GARCÍA BARBARÁN, la indemnización moratoria por la suma de **\$13,384,366** debidamente indexada al momento del pago.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.**

(SALVA VOTO PARCIAL)

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 **ELVIA MARÍA ENCISO DE PARRA** CONTRA LA **ALCALDÍA DE BOGOTÁ - CONCESO DE BOGOTÁ - FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ELVIA MARÍA ENCISO DE PARRA** a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho a la actualización de su mesada pensional año a año conforme el aumento del IPC, frente a la prestación que le fue reconocida a su cónyuge (q.e.p.d.) por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá; en consecuencia, solicita se condene a la demandada a reconocer y liquidar la mesada pensional antes referida con forme al IPC de cada anualidad; condenar a la encartada a reconocer la diferencia resultante de lo pagado y lo que se debió pagar, de forma retroactiva; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera, en atención a los perjuicios causados por la indebida aplicación de la ley; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 4 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 5 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que mediante Resolución 26 de 6 de enero de 1987, le fue reconocida la pensión de jubilación al señor José Eusebio Parra Bello (q.e.p.d.), en cuantía de \$33.944,85, efectiva a partir del 17 de julio de 1986; que el señor Parra Bello falleció el 20 de marzo de 2013; que mediante Acto Administrativo 4092 de 3 de septiembre de 2013, se le reconoció la sustitución pensional; que el valor de la mesada que percibe actualmente asciende a la suma de \$1'210.154; que conforme las previsiones de la sentencia SU-120 de 2003, el valor de su mesada pensional debe ser el de \$1'376.912; que la demandada no ha actualizado la prestación conforme el incremento del IPC.

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 frente al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tema de la indexación de la primera mesada pensional la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había aceptado la revaluación del IBL sólo en casos legales teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando la prestación sea reconocida en vigencia de dicha disposición normativa. **Excepciones:** Formuló las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de indexación de la pensión, prescripción de la acción, prescripción de las mesadas pensionales y la genérica. (fl. 1 a 7 del archivo denominado expediente digital fl. 43 a 63)).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de indexación de la pensión; **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **condenar; condenar** en costas a la parte demandante. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que del acto administrativo de reconocimiento se advierte que, pese a que al causante se le reconoció una pensión de jubilación a partir de 1986, los reajustes anuales se comenzaron a dar a partir de 1988, ello en virtud de la aplicación de la Ley 4ª de 1976, al examinar la norma en comento se advierte que para que el demandante fuera beneficiario del incremento de la mesada pensional, aquel debió causar el derecho con un año de antelación a aquel sobre el cual se persigue el incremento, supuesto de facto que no acaeció en el caso de autos, sumó a ello, que en el presente asunto no se pudo hablar de indexación de primera mesada por cuanto dicha institución es predicable a eventos en los que media un lapso de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tiempo entre el momento en que el trabajador causo el derecho y aquel a su disfrute, ello con el objeto de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante **ELVIA MARÍA ENCISO DE PARRA**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la C.P.N., lo previsto en la Ley 100 de 1993, en lo relativo a la aplicación del principio de favorabilidad, si bien es cierto existieron normas anteriores a las que se solicita se apliquen al asunto aquí debatido, no menos cierto es, que en la actualidad existe una posición clara que determina que los incrementos que se deben hacer año a año frente a las mesadas pensionales, se deben ajustar conforme al IPC, en tal virtud, al aplicar el IPC a la mesada pensional del año 1986, se tendría que para el año 2018 la mesada pensional ascendería a \$1'376,912.

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 demandada: En la oportunidad procesal otorgada, la parte demandada allegó escrito de alegaciones do conclusión, en el que solicita la confirmación de la sentencia apelada, y para tal efecto expone que el reconocimiento pensional del causante se efectuó con base a las previsiones normativas de la Ley 4^a de 1976, prescripción que contempla en su artículo 1^a la forma en que deberán ser incrementadas las pensiones de los allí beneficiados, preceptiva que fue aplicada en debida forma por parte de la Entidad, por lo que no resulta procedente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acceder a las aspiraciones de la demandante, máxime cuando lo que pretende es el incremento de la prestación con base al IPC.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 14 a 19 del archivo denominado expediente digital fl. 1 a 31.

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 recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el establecer si le asiste derecho a la demandante a que le sea reliquidada la prestación pensional año a año a partir de su reconocimiento, teniendo en cuenta para ello el IPC.

ESTATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia en esta instancia la condición de pensionada que ostenta la demandante, en tanto mediante Resolución 26 de 5 de enero de 1987, al señor José Eusebio Parra Bello, la Caja de Previsión de Bogotá le reconoció una pensión de jubilación a partir del 17 de julio de 1986, en cuantía inicial de \$33.944,85, y mediante Acto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Administrativo 4092 de 3 de septiembre de 2013, la Alcaldía Mayor de Bogotá le reconoció una pensión de sobrevivientes a la actora, con ocasión al deceso del señor Parra Bello, a partir del 20 de marzo de 2013 (fl. 21 a 29 del expediente digital).

DEL REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Persigue la demandante el reajuste de la mesada pensional a partir del momento en que le fue reconocida la prestación al señor José Eusebio Parra Bello (q.e.p.d.), año a año, y con base al IPC otorgado por el Dane, en tanto la entidad demandada al momento de liquidar la prerrogativa pensional no incrementó adecuadamente y como lo prevé la jurisprudencia el valor de las mesadas prestacionales.

Efectuadas las anteriores precisiones, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que, respecto al ajuste pensional pretendido, como quiera que al causante le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 17 de julio de 1986, le es aplicable la Ley 4ª de 1976, preceptiva que en los parágrafos 1º y 2º del artículo 1º dispuso que:

«PARAGRAFO 1o. Con base en los promedios de salarios asegurados, establecidos por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se reajustarán las pensiones del sector privado y las del mismo Instituto. Y las del sector público se reajustarán con los promedios establecidos por la Caja Nacional de Previsión Social.

PARAGRAFO 2o. Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste...». (Resaltado fuera de texto).

En lo referente a la forma en que se debe reajustar las pensiones que se otorgaron en virtud de la Ley 4ª de 1976, la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral, en la sentencia SL 9774 de 2017, con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, moduló que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Así las cosas, si bien es cierto que al trabajador le fue reconocida la pensión de jubilación el 10 de octubre de 1978, a través de la Resolución que ya fue rememorada, también lo es que la condición o status de pensionado solo la adquirió el 6 de julio de 1979, en tanto continuó laborando al servicio de la demandada, y en ese interregno ostentó la calidad de servidor activo de la empresa, y por ende, en ese lapso no adquirió la condición de pensionado, pues dicha calidad solo puede predicarse a partir del momento en que se materializó la desvinculación, en tanto, como ya se dijo, el reconocimiento de la prestación jubilatoria quedó condicionada al retiro del trabajador.

Conforme a lo anterior, si la calidad de pensionado del cónyuge de la demandante fue adquirida en la fecha mencionada, esto es, el 6 de julio de 1979, es claro que para el momento en que entró en vigencia la Ley 4.ª de 1976, que lo fue a partir del 21 de enero de esa anualidad, él no tenía consolidado aun el derecho pensional, circunstancia suficiente para no ser merecedor de los reajustes previstos en tales normativas, como acertadamente lo pretende la censura, pues con arreglo a lo que claramente dispone el parágrafo segundo del artículo 1.º de la citada ley, para ser merecedor a ese incremento, debía tener el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste, situación que no se verificó respecto al causante»

Del contenido normativo y jurisprudencial antes transcrito, se extrae que en lo atinente a los reajustes anuales que deben aplicarse a las prestaciones pensionales reconocidas bajo la Ley 4ª de 1976, se aplicará pasado un año de haber adquirido el estatus de pensionado. En asunto puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que el causante obtuvo el estatus de pensionado el 17 de julio de 1986, siéndole posible acceder al reajuste tan sólo hasta el 17 de julio de 1987, sin embargo, como quiera que los ajustes pensionales se efectúan el 1º de enero de cada anualidad, es que surge patente que al pensionado le asistía derecho a que su prestación fuera reajustada el 1º de enero de 1988, tal y como acertadamente lo coligió la Caja de Previsión de Bogotá en su momento.

Efectuadas las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar cuál debió ser la mesada para el 1º de enero de 1988, aplicando lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 4 de 1976, y para ello se tiene que el valor equivalente a la mitad de la diferencia entre el salario de 1986 y el de 1987, es de \$1.849,5, y la suma equivalente a la mitad del porcentaje que representó el incremento entre el salario de 1986 y el de 1987, resulta ser 11%, porcentaje que aplicado a la mesada pensional del año 1987 equivale a \$3.733,95.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si se suman a la mesada pensional, estos dos valores \$1.849,5 y \$3.733,95, se tiene que para el año 1988 la mesada debió ser de \$39.528 y teniendo en cuenta que la encartada para dicha anualidad reconoció como mesada pensional la suma de \$39.527,98, se concluye que si aplicó en debida forma el incremento por lo que no procede el pedimento en este punto.

En lo referente a las mesadas pensionales que se causaron con posterioridad al año 1989, es patente que al actor se le aplicó el incremento contenido en la Ley 71 de 1988, al ser esta la norma que reguló tal aspecto conforme se desprende de la lectura del artículo 1° de dicha disposición normativa y sobre aquellas mesadas causadas con posterioridad a 1994, es claro que la Entidad encartada dio aplicación a la Ley 100 de 1993, aspectos que se pueden constatar de la certificación aludida en líneas anteriores, de la que se desprende el incremento año a año hasta el 2020.

Ahora bien, alega la parte recurrente que al presente asunto debe aplicársele el principio de la condición más beneficiosa, en tanto si bien, al momento del reconocimiento prestacional existían normas propias que gobernaban la materia en lo referente a los reajustes pensionales, lo cierto es, que en la actualidad existen disposiciones que permiten incrementar las mesadas con forme al IPC declarado por el Dane, ello en prevención de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Para desatar la inconformidad planteada por la demandante, se tiene que, en lo referente al principio de la condición más beneficiosa, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación SL 1938 de 2020, con ponencia del Magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez, al hacer un estudio profundo de tal institución enseñó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«En la actualidad, en el campo jurídico no hay discusión alguna frente a la potestad que tiene el legislador para definir la configuración de un sistema pensional y determinar los riesgos que cubre, las prestaciones que reconoce y los requisitos que se requieren para acceder a cada una de ellas, de acuerdo con los derechos, principios y valores constitucionales.

Tal facultad también comprende la de hacer las modificaciones en los aspectos que considere convenientes a fin de evitar la petrificación de las disposiciones jurídicas y adecuar los objetivos y finalidad de tal sistema a las realidades sociales, culturales y económicas que se requieran en un momento determinado, criterios que, en defensa del interés general, deben prevalecer sobre el particular. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-781-2003, C-177-2005 y C-428-2009).

Ahora, cuando se produce un cambio normativo en materia de seguridad social, en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales de sus asociados, las modificaciones del sistema pensional, deberían, cuando menos, considerar lo siguiente: (i) respetar los derechos adquiridos (en armonía con el artículo 58 de la Constitución Política) de aquellos afiliados que hubieren consolidado determinada prestación bajo las reglas o condiciones de la normativa anterior; (ii) evitar introducir abruptamente nuevas reglas sin considerar la situación de aquellas personas que han avanzado en el cumplimiento de los requisitos o están próximas a consolidar un derecho pensional (C-428-2009), a menos que exista una justificación razonable y proporcionada acorde con los fines del Estado Social de Derecho, y (iii) en este último evento, establecer diferencias frente a las posibles situaciones en las que están los vinculados al sistema pensional en relación con el cumplimiento de las exigencias para determinada prestación y consagrar un régimen de transición a fin de proteger las expectativas legítimas frente al derecho que están próximos a consolidar.

«[...] con el fin de mitigar los efectos de los cambios en las estructuras normativas, el legislador usualmente prevé regímenes de transición o de reserva de la ley anterior con el propósito de proteger las expectativas legítimas de las personas que comenzaron a efectuar cotizaciones al amparo de una normativa para adquirir un derecho pensional, pero que durante su vigencia no alcanzaron a consolidar. En otros términos, su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados; especialmente, si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas; y es el legislador quién define qué protección concede y el lapso por el cual la otorga (C-428-2009 y C-663- 2007).

Así, el legislador no está obligado a mantener en el tiempo tales expectativas dada su potestad configurativa y, por tanto, los regímenes de transición tienen un límite temporal. Dicho período de reserva se ha establecido en el caso de las prestaciones de vejez, en las que los requisitos dependen de la edad y de un número específico de cotizaciones».

Ante la ausencia de régimen de transición, en pensiones de invalidez y de sobrevivientes, los jueces pueden aplicar el principio de la condición más beneficiosa, lo cual implica dar efectos ultractivos a la normatividad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anterior, cuando en su vigencia se cumplan los supuestos de la norma relativos al número mínimo de cotizaciones, porque en esos eventos se protegen las expectativas legítimas del asegurado».

En virtud de lo anteriormente expuesto se tiene que, en materia de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el mismo opera, en materia de seguridad social, ante la ausencia de tránsito normativo, (régimen de transición), siempre que la nueva preceptiva normativa contenga cambios abruptos en las condiciones de acceso a las prestaciones económicas que ofrece el sistema, principio que permite al fallador de instancia dar aplicación a efectos ultractivos a la norma inmediatamente anterior, siempre en beneficio del afiliado.

En el caso de autos, no resulta procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa para de este modo aplicar una norma actual a un derecho que se consolidó en vigencia de una norma específica y predecesora, pues se itera, dicho principio busca la protección de los derechos de quienes fueron sorprendidos con un cambio normativo, empero ya contaban con una expectativa legítima para acceder, bajo unas determinadas pautas, al derecho prestacional.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, surge patente la confirmación de la sentencia apelada, al encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *a quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte demandante, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ELVIA MARÍA ENCISO DE PARRA** contra la **ALCALDÍA DE BOGOTÁ - CONCESO DE BOGOTÁ - FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, 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 parte demandante, 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-