



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MARCO ANTONIO BERNAL POVEDA** CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **MARCO ANTONIO BERNAL POVEDA** a través de apoderada judicial, pretende se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desde el 26 de marzo de 2012, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (fls. 57 y 58 archivo 1 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 56 a 57 archivo 1 del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 29 de junio de 1947, motivo por el cual a la fecha cuenta con 71 años; que se afilió al otrora ISS el 23 de abril de 1972, en donde cotizó un total de 847,14 semanas, de las cuales 300 fueron aportadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Agrega que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por Colpensiones, le fue determinada una PCL del 54,66%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 26 de marzo de 2012. Que dentro del año inmediatamente anterior a tal data, cuenta con 33,8 semanas de cotización, tal como lo exige el texto original de la Ley 100 de 1993. Refiere que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, misma que le fue negada por la encartada mediante la Resolución GNR 53510, posición que fue reiterada en las Resoluciones GNR 371290 del 16 de octubre de 2014, GNR 37982 del 18 de febrero de 2015, VPB 47822 del 9 de junio de similar año, SUB 163068 del 20 de junio de 2018 y SUB 215779 del 15 de agosto de la misma anualidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que el actor no cumple con los requisitos previstos en la ley vigente a la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, con 50 semanas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

dentro de los 3 años anteriores, conforme a la Ley 860 de 2003, pues entre el 26 de marzo de 2009 y el 26 de marzo de 2012, únicamente reúne 25,29 semanas. Aduce que el convocante tampoco demuestra los requisitos para efectos de dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, establecidos en la sentencia SL4650-2017.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y declaratoria de otras excepciones (Carpeta 3 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 28 de abril de 2021, resolvió **declarar** que el señor Marco Antonio Bernal Poveda tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; **condenar** a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del demandante, en cuantía de 1 SMLMV, reajustado año a año conforme lo disponga el Gobierno Nacional, a partir del 26 de marzo de 2012, por 13 mesadas anuales; **condenar** a la demandada a pagar al demandante los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 4 de junio de 2014 y hasta que se verifique el pago de las mesadas generadas desde marzo de 2012 hasta mayo de 2014, al igual que sobre las mesadas causadas desde el mes de junio de 2014, a partir de la fecha en que cada una se hizo exigible; **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

causadas entre el 26 de marzo de 2012 y el 15 de marzo de 2016, así como sobre los correspondientes intereses moratorios generados por el no pago de esas mesadas pensionales; las demás excepciones, se declaran no probadas.; **condenar** a Colpensiones a pagar al demandante \$51.888.296,50 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 16 de marzo de 2016 y el 30 de marzo de 2021; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.; **autorizar** a Colpensiones a descontar del valor del retroactivo reconocido, lo correspondiente a los aportes en salud; **condenar** en costas a Colpensiones. (archivo 10 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, no existe discusión en cuanto a que el demandante presenta una pérdida de capacidad laboral del 54,66% con fecha de estructuración del 26 de marzo de 2016, por manera que la norma aplicable al caso corresponde a los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por la Ley 860 de 2003. Refiere que si bien el convocante no acredita 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, al alcanzar únicamente 25,33 semanas, sí demuestra los requisitos establecidos en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuenta con el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, y ello por cuanto al ser beneficiario del régimen de transición por contar con más de 46 años al 1° de abril de 1994 y reportar 813,27 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, le resulta aplicable el Acuerdo 049 de 1990, cuyo texto exige en total 1000 semanas de cotización, demostrando el demandante más del 75% que equivale a 750 semanas, pues a la fecha de estructuración reúne un total de 838,58 y como quiera que acredita 25 semanas de cotización en los últimos 3 años, tiene derecho a la pensión de invalidez reclamada desde el 26 de marzo de 2012, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, dado que al aplicar la tasa de reemplazo del 54% al IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, se obtiene un monto pensional inferior. Refiere que conforme al Acto Legislativo 001



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2005, el demandante tiene derecho a 13 mesadas al año; sumando a ello que conforme a la fecha de solicitud pensional, que lo fue el 4 de diciembre de 2013, tiene derecho a los intereses moratorios desde el 4 de junio de 2014 y hasta que se verifique el pago, sobre las mesadas causadas entre marzo de 2012 y mayo de 2014, al igual que sobre las mesadas causadas desde junio de 2014, los cuales se generan desde que cada uno se hizo exigible. Concluye indicando que operó el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas e intereses causados con anterioridad al 16 de marzo de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que *«(..) MARCO ANTONIO BERNAL POVEDA no cumple con el mínimo de semanas cotizadas. Debe haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración para alcanzar el estatus pensional por invalidez, evidenciándose la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos, ya que cuenta con 25.26 semanas frente al 26 de marzo del 2009, y el mismo día y mes del año 2012, no cumplió así el requisito contemplado en el artículo 38 de la Ley 100 del 93, modificada por el artículo 860 de 2003».*

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 apoderada de **COLPENSIONES** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que se evidencia que el asegurado cuenta 26 semanas cotizadas en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, es decir, en el periodo comprendido entre el 26 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

marzo de 2009 al 26 de marzo de 2012, no cumpliendo con el requisito legal de 50 semanas para el reconocimiento de la prestación. Añade que la pérdida de capacidad laboral del señor BERNAL POVEDA, no se produjo entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, razón por la cual no reúne las condiciones para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, como así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia el cumplimiento del mismo con la solicitud de reconocimiento pensional elevada el 4 de diciembre de 2013, como se indica en la Resolución GNR 53510 del 22 de febrero de 2014 obrante en el expediente administrativo (carpeta 3 del expediente digital)

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

resolver en el *sub lite*, determinar si el accionante resulta beneficiario de la pensión de invalidez que reclama.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

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 especial, historia clínica del demandante (fls. 3 a 53 archivo 1 del expediente digital); copia de las Resoluciones SUB 163068 del 20 de junio de 2018 y SUB 215779 (fls. 75 a 90 archivo 1 del expediente digital); autoliquidación de aportes (fl. 91 archivo 1 del expediente digital); copia cédula de ciudadanía del demandante (fls. 92 y 130 archivo 1 del expediente digital); solicitud elevada ante el Consorcio Colombia Mayor y su respuesta (fls. 93 a 95 y 134 a 135 archivo 1 del expediente digital); autorización emitida por el demandante para trámites pensionales (fls. 96 a 98 archivo 1 del expediente digital); recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución SUB 163068 del 20 de junio de 2018 (fls. 99 a 100 archivo 1 del expediente digital); certificación afiliación régimen subsidiado (fl. 101 archivo 1 del expediente digital); formato de solicitud de prestaciones económicas (fls. 102 a 104 y 122 archivo 1 del expediente digital); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 107 a 109 y 125 a 129 archivo 1 del expediente digital); dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral (fls. 110 a 113 y 118 a 121 archivo 1 del expediente digital); comunicación corrección historia laboral (fl. 114 y 123 archivo 1 del expediente digital); comparativo de pagos Colombia Mayor y autoliquidación de aportes (fls. 115 a 116 archivo 1 del expediente digital); constancia firmeza dictamen de calificación de invalidez (fl. 117 archivo 1 del expediente digital); formulario de corrección de historia laboral (fls. 131 a 133 archivo 1 del expediente digital); y expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 3 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que Marco Antonio Bernal Poveda fue dictaminado por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 54,66% y con fecha de estructuración del 26 de marzo de 2012; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

Así las cosas, como quiera que el actor se considera inválido ya que la pérdida de la capacidad laboral supera el 50%, procede esta Sala de Decisión a desarrollar el problema jurídico planteado en líneas anteriores, para lo cual es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de estructuración de la invalidez la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 26 de marzo de 2012, como da cuenta el referido dictamen (fls. 110 a 113 y 118 a 121 archivo 1 del expediente digital), por lo que la norma aplicable es la prevista en el artículo 39 numeral 1° de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que exige para acceder a prestación en tratándose de invalidez causada por enfermedad, acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores al hecho causante de la misma.

En lo que respecta al requisito de fidelidad al sistema, este fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C – 428 del 01 de julio de 2009.

Igualmente, la normatividad *ejusdem* prevé en su parágrafo 2° que *«Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años»*.

Al constatar dentro del proceso si el demandante acreditó el número de semanas para tener derecho a la pensión de invalidez, se tiene que según el reporte expedido por COLPENSIONES (expediente administrativo carpeta 3 del expediente digital) el actor cotizó un total



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de **847,14** semanas al 31 de octubre de 2012, de las cuales fueron aportadas **25,29 semanas** dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

De manera que, tal y como lo advierte Colpensiones, el convocante no reúne las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de su invalidez, como lo estatuye el numeral 1° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Empero, le asiste razón al Juzgado de primer grado, en tanto advirtió que el extremo activo reúne los presupuestos establecidos en el parágrafo 2° del artículo *ejusdem*, como quiera que logró reunir el 75% de las semanas mínimas exigidas para acceder a la pensión de vejez, que para su caso particular corresponden a las 1.000 estatuidas en el Acuerdo 049 de 1990, por tratarse de un beneficiario del régimen de transición, que extendió tal beneficio hasta el año 2014.

Así, nótese que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, supera los 40 años de edad requeridos por el artículo 36, al nacer el 29 de junio de 1947, como se constata de la copia de la cédula de ciudadanía fls. 92 y 130 archivo 1 del expediente digital), lo cual implica que a la entrada en vigor de la nueva ley de seguridad social contaba con 46 años; a ello se suma que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, tenía un total de **813,28 semanas**, de acuerdo a la historia laboral expedida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo (carpeta 3 del expediente digital).

Por tanto, diáfano resulta concluir que la norma llamada a dilucidar una eventual pensión de vejez del actor, no es otra que, *se itera*, el Acuerdo 049 de 1990, al constatar todas sus cotizaciones al otrora Instituto de Seguros Sociales.



De suerte que, al contar el extremo activo con un total de 847,14 semanas de cotización durante toda su vida laboral, es claro que supera las 750 que corresponden al 75% de las 1.000 semanas exigidas por la normativa en mención, circunstancia que conlleva al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez logró cotizar un total de 25 semanas, como así lo determinó el *a quo*; prestación que procede desde el 26 de marzo de 2012, por 13 mesadas pensionales conforme a lo estatuido en el Acto Legislativo 001 de 2005.

MONTO Y RETROACTIVO PENSIONAL

En lo que atañe al monto de la prestación económica, ha de decirse que el mismo se encuentra regulado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que:

«El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación».

Empero, se tiene que el Juzgado de Conocimiento reconoció a favor del convocante un valor pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, el cual corresponde al *quantum* mínimo establecido por la ley; por tal motivo, no se podrá modificar tal determinación, dado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que sobre este aspecto no se formuló recurso de apelación por el demandante y serevisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que la pensión se causó el 26 de marzo de 2012, y la primera reclamación administrativa se elevó el 4 de diciembre de 2013, como se indica en el acto administrativo que la resolvió, esto es, la Resolución GNR 53510 del 22 de febrero de 2014 obrante en el expediente administrativo (carpeta 3 del expediente digital), contra la cual no se formuló recurso alguno, y la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 15 de marzo de 2019 (fl. 72 archivo 1 del expediente digital), por tanto, diáfano resulta indicar que dicho fenómeno operó sobre las mesadas pensionales causadas al 15 de marzo de 2016, como así lo definió el Juzgado de primer grado.

RETROACTIVO PENSIONAL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En lo que atañe al retroactivo pensional, se tiene que una vez efectuadas las operaciones aritméticas, a efectos de actualizar la condena impartida en primera instancia, el mismo asciende a la suma de **\$54.613.848** causado entre el 16 de marzo de 2016 y el 30 de junio de 2021.

AÑO	VALOR MESADA	NO. DE MESADAS	SUBTOTAL
2016	\$ 689.455	10,5	\$ 7.239.278
2017	\$ 737.717	13	\$ 9.590.321
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	6	\$ 5.451.156
TOTAL			\$ 54.613.848

INTERESES DE MORATORIOS.

Los mismos están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago», empero dicha obligación no opera automáticamente, pues la Administradora pensional cuenta con 4 meses que corren a partir de la solicitud de reconocimiento prestacional para resolver.

En el caso bajo estudio, se tiene que el demandante solicitó el reconocimiento prestacional el 4 de diciembre de 2013, tal como se advierte de la Resolución GNR 53510 del 22 de febrero de 2014 obrante en el expediente administrativo (carpeta 3 del expediente digital), por lo que el reconocimiento debió efectuarse a más tardar el 4 de abril de 2014, sin que tal circunstancia haya acaecido. Por manera que, los mismos en principio se causan a partir del 5 de abril de símil año, sobre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las mesadas causadas desde el 26 de marzo de 2012; empero, como operó la prescripción sobre el retroactivo causado desde esta última data y hasta el 15 de marzo de 2016, los intereses corren la misma suerte. En tal virtud, es procedente impartir condena por los intereses causados desde el 16 de marzo de 2016 hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mesadas pensionales generadas desde esa misma fecha, siendo lo procedente modificar la decisión sobre este aspecto.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos.

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 TERCERO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 28 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de condenar a **COLPENSIONES** a pagar a favor del señor **MARCO ANTONIO BERNAL POVEDA**, los intereses moratorios de que trata el 141 de la Ley 100 de 1993, los que se causan a partir del 16 de marzo de 2016, sobre las mesadas pensionales causadas desde dicha fecha y hasta que se efectúe el pago de la obligación, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 28 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

abril de 2021, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de condenar a **COLPENSIONES** a pagar a favor del señor **MARCO ANTONIO BERNAL POVEDA**, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 16 de marzo de 2016 y el 30 de junio de 2021 la suma de **\$54.613.848**, debiendo igualmente reconocer las mesadas que se causen con posterioridad y hasta la inclusión el nómina del actor, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de Colpensiones por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MARIELA GÓMEZ AMAYA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

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

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

cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional (Sant.) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Doctora María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **LUZ MARIELA GÓMEZ AMAYA** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP PORVENIR S.A., al igual que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por ella al RAIS; se ordene a Colpensiones contabilizar para efectos de pensión las semanas provenientes del RAIS; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 64).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 65 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 2 de diciembre de 1955, motivo por el cual cuenta con 62 años; se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 10 de julio de 1978; que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años y no se encontraba cotizando al Sistema. Refiere que en el mes de agosto de 1999, se vinculó a la Universidad de los Andes, y por sugerencia de dicho empleador se afilió a la AFP Porvenir, sociedad esta que no la asesoró de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, sobre las diferencias entre uno u otro régimen pensional, los beneficios ventajas e inconvenientes del RAIS y en general, las implicaciones sobre sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

derechos pensionales. Sostiene que a la fecha cuenta con un total de 1270 semanas de cotización; que se presente una diferencia pensional entre la pensión que obtendría entre uno u otro régimen pensional; que petitionó ante las demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, solicitudes que le fueron resueltas de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló oposición a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, de las pruebas arrimadas al proceso, se constata que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, amén que los respectivos asesores de la AFP llamada a juicio suministraron la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía dicho acto jurídico. Aduce que la accionante en la actualidad cuenta con más de 50 años de edad, y por tanto, se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por manera que Colpensiones presenta una imposibilidad jurídica de realizar un traslado de la actora con origen en el RAIS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 96 a 103).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que en el presente caso no se configuró ningún vicio en el consentimiento, pues la actora de forma autónoma suscribió el formulario, en donde de forma expresa indicó que signaba el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor. Refirió que el traslado de la convocante no contravino ninguna prohibición legal, y por el contrario, se dio cumplimiento al período mínimo de permanencia que la afiliada debía tener en la administradora anterior, a más que se atendieron todos los lineamientos legales



establecidos para el perfeccionamiento de dicho acto jurídico. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fls. 115 a 119).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de mayo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., lo cual retrotrae las cosas al estado anterior; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, que llegaren a este fondo en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuota de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ello con destino a Colpensiones; **ordenar** a Colpensiones reactivar de manera inmediata la afiliación de la convocante al RPM sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **absolver** de lo demás y condenar en **costas** a la AFP Porvenir; **sin costas** en contra de Colpensiones (Cd. a folio 186).

Lo anterior por considerar el *a quo* que, la demandante a la fecha de su traslado cumplía con el término mínimo de permanencia en el RPM, por manera que no se genera ineficacia por desconocer ese tiempo, que conforme a las normas vigentes, correspondía a 3 años. No obstante, precisó que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho 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 a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, ya que el deber de información no se verifica con la simple suscripción del formulario y tampoco emana del interrogatorio de parte rendido por la ella; aspectos estos, que abren paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** censuró el fallo de primera instancia, al considerar que *«En primer lugar, se debe tener en cuenta que ese cobro de esa administración es un rubro legal establecido en la Ley 100 de 1993 que Porvenir tiene la obligación de cobrar mes a mes a sus afiliados con el fin de realizar una correcta un correcto manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado o pensionado, con el fin de generar unos intereses o unos rendimientos financieros que les garanticen una futura mesada pensional. En el caso que nos ocupa, está claro que Porvenir ha realizado una excelente gestión durante esos 20 años o un poco más que la demandante ha estado afiliada al RAIS, los frutos o intereses generados superan con creces el valor descontado mes a mes por concepto de administración, por lo tanto, no hay ningún deterioro en esa cuenta de ahorro individual que se trasladaría en su totalidad al RPM, y pretender retrotraer todas las cosas al estado inicial también daría pie al absurdo de pensar en no trasladar entonces el valor de esos rendimientos o frutos ganados durante todos estos años, pues obviamente en el RPM estos frutos no se hubieran dado de la manera en que se dan en el Régimen de Ahorro Individual por la forma pues en que se realizan o se traen a la cuenta en los diferentes fondos. Es por esto, señores magistrados, que solicito revocar la sentencia en cuanto a esa orden que se le impone a mi representada de trasladar lo concerniente a gastos de administración; y en cuanto a los seguros previsionales también como se manifestó en su momento son, primero, fueron ya trasladados a terceros de buena fe que no están o no fueron llamados a juicio, y la demandante durante todo este tiempo ha estado cubiertas por estos riesgos, y en caso de haber acaecido pues los mismos*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

hubieran nacido a la vida jurídica y trasladarlos a Colpensiones, se daría en el caso hipotético en que se declare por ejemplo una invalidez con fecha de estructuración anterior a ese traslado, pues no estaría cubierta la demandante por lo que no tiene pues como razón de ser».

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

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 apoderada de la parte demandante persigue la confirmación del fallo opugnado, con sustento en que al interior del proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la administradora de fondos privada PORVENIR S.A. hubiese cumplido con su deber y obligación de brindar a la accionante la información de forma clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, para que aquella pudiera tomar la decisión libre y voluntaria sobre el traslado de régimen, pues lo único que se deriva de la declaración de parte rendida por la convocante, es que la información otorgada por los asesores del fondo privado al momento del traslado de régimen fue insuficiente, al punto que desinformaron o parcializaron la misma; situación que no tiene otro efecto que la de producir un yerro en la percepción y consentimiento de la demandante al vincularse, deviniendo entonces en ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Refiere que la posición de la Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en el sentido de establecer que la presunción en estas situaciones es de hecho “*iuris tantum*” y corresponde a la falta de información a cargo del fondo de pensiones privado, quien tiene la carga



de desvirtuarla, al tener una posición privilegiada por tener conocimientos normativos, actuariales, y estrategias de mercado que le permite ser versado en la materia, pudiendo así influir de manera parcializada en la decisión del ciudadano del común que no cuenta con la información y mucho menos con la experiencia para poder adoptar una decisión consciente sobre estos asuntos, máxime cuando la información brindada ha sido tergiversada, ora parcializada para la captación inescrupulosa del mercado.

Parte demandada: La apoderada sustituta de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Agrega que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

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 a través de la petición obrante a folios 14 a 30 del informativo.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la AFP demandada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o sí esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si la AFP Porvenir está llamada a hacer la devolución de los descuentos que efectuó sobre la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración.

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



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, documento de identificación de la accionante (folio 3), historia laboral expedida por Porvenir (fls. 4 a 12), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 13 a 17), informe de vida laboral expedido por el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social del Gobierno de España (fls. 18 a 23), peticiones elevadas ante Colpensiones y la AFP Porvenir y sus respuestas (fls. 14 a 37), simulación pensional (fls. 38 a 39), estudio de situación pensional de la actora en el RPM (fls. 40 a 45), hoja de vida actuario y soportes (fls. 46 a 53), expediente administrativo (Cd. a folio 108), formulario de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 120), certificación sobre estado de afiliación (fl. 120 vuelto), historial de vinculaciones ASOFONDOS-SIAFP (fl. 121), historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 122 a 143), historia laboral oficial para bono pensional (fls. 143 vuelto a 145), comunicados de prensa (fls. 146 vuelto a 147) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (medio magnetofónico a folio 186); de las cuales se colige, que la señora LUZ MARIELA GÓMEZ AMAYA elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de julio de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1997²; luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 1999 (fl. 120), fondo este último, en el cual se encuentra actualmente vinculada y realizando aportes al subsistema de seguridad social integral en pensiones, como da cuenta la certificación expedida por la sociedad en mención (folio 120 vuelto); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la ineficacia declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en el engaño causado por parte de la AFP PORVENIR S.A., ante la inexistencia de información veraz,

² Folio 13



íntegra y que atendiera la situación pensional de LUZ MARIELA GÓMEZ AMAYA, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

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

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al considerar que dichos dineros fueron descontados a la parte activa por disposición de la Ley 100 de 1993, cuya finalidad no es otra que retribuir la correcta administración de los aportes efectuados por la demandante, los cuales reportaron rendimientos a su favor, a más que las sumas concernientes a las pólizas que protegieron a la demandante durante su afiliación, fueron debidamente trasladados a terceros de buena fe, para el efecto.



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

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

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

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de 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 la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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

En razón y virtud de todo lo aquí expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 21 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUZ MARIELA GÓMEZ AMAYA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

(Salva voto)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA INÉS CAMARGO GARZÓN** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional (Sant.) y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Doctora María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARTHA INÉS CAMARGO GARZÓN** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a través de la AFP Porvenir, al igual que tiene derecho a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%; en consecuencia, condenar a la sociedad en mención a aceptar la nulidad de su vinculación y a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; condenar a Colpensiones a aceptar su vinculación al RPM, al igual que reconocerle y pagarle la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 2 de diciembre de 2013, junto con los intereses moratorios; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 5 a 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 27 de mayo de 1958; que prestó sus servicios a favor del Departamento de Cundinamarca por más de 20 años y también laboró como trabajadora independiente; que estuvo vinculada al RPM hasta el 28 de abril de 2000; que el 1º de julio de 2000 los asesores de la AFP Porvenir la indujeron de manera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

equivocada a trasladarse al RAIS, pues no le indicaron los eventuales riesgos de tal acto jurídico, como tampoco le realizaron una eventual simulación o comparación de la mesada pensional en cada régimen. Que el ISS no desvirtuó los argumentos de la AFP en torno a su liquidación, ni procuró una información ante la solicitud de traslado. Agrega que nunca suscribió comunicación alguna, en la que constara la selección del RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones. Que solicitó ante las dos demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable. Que igualmente solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, empero a la fecha no ha recibido ninguna respuesta de la entidad.

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 RAIS tiene plena validez y legalidad, por cuanto no se demuestra ninguna causal de nulidad, como por ejemplo algún vicio en el consentimiento. Añade que la convocante no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, al encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión y al no acreditar 15 años de servicios o su equivalente en semanas. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 51 a 56).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que la información suministrada a la parte actora se encuentra acorde con las disposiciones legales y las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Indica que la actora tomó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

una decisión informada y consciente, motivo por el cual suscribió el formulario de afiliación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso. Aduce que tampoco obra prueba en las diligencias, de la cual emane el actuar doloso del asesor de la AFP, o que este haya forzado a la convocante, a fin que suscribiera el formulario de afiliación. Acota que conforme a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, no puede hablarse de un vicio del consentimiento por error de derecho, dado que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fls. 85 a 99).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 5 de mayo de 2021, resolvió **declarar** ineficaz el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del año 2000; **condenar** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **condenar** a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; **condenar** a Colpensiones al reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión de vejez por aportes, teniendo en cuenta hasta la última cotización realizada, hallándose el IBL con los aportes cotizados durante los últimos 10 años de servicios o durante toda la vida, si este fuere más favorable, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 75%, calculándose como retroactivo pensional las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mesadas causadas teniendo en cuenta la última cotización efectuada por la demandante hasta el momento del reconocimiento y pago de la pensión; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a la AFP Porvenir. (Cd. a folio 185).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, e incluso indicarle que su traslado implicaría la pérdida del beneficio del régimen de transición, lo cual no se verifica con la simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Agrega que conforme a lo solicitado en audiencia por el apoderado de la parte activa, resulta procedente reconocer la pensión de jubilación por aportes a la convocante, dado que acreditó 55 años de edad el 27 de mayo de 2013 y demostró 1.234 semanas de cotización, que representan más de 20 años de servicios entre tiempos públicos y privados, máxime que es beneficiaria del régimen de transición, beneficio que conservó hasta el año 2014, dado que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, contaba con 771 semanas. Concluye indicando que para el disfrute pensional no se requiere reportar la novedad de retiro, dado que Colpensiones simplemente debe proceder a pagar la prestación desde la última semana cotizada, debiendo reconocer el retroactivo pensional debidamente indexado, sobre el cual no proceden intereses moratorios, al nacer la obligación de reconocimiento pensional con la sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que *«(..) no asiste razón a la falladora de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado en base a una falta de información, cuando no era obligatorio para mi representada brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes que habla sobre el particular y tal y como ocurrió en el presente asunto. De manera que mi representada cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, y la permanencia de la actora en el RAIS administrado por mi representada, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, además que se ha ratificado en el tiempo»*. Agrega que cumplió con todas las exigencias que estaban a su cargo para la data del traslado, estatuidas en la Ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma según la cual se debe brindar información clara, exigible y oportuna, que involucre un paralelo entre los dos regímenes pensionales, tal como se hizo con la parte activa de manera verbal, acotando que la obligación de realizar una proyección pensional solo nace con la Ley 1738 de 2014, es por ello que no existe prueba distinta al formulario de afiliación suscrito por la aquí convocante. Indica que no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración, en tanto que conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina un 3% de las cotizaciones para financiar tales gastos, por manera que no son parte integral de la pensión de vejez, lo que los hace susceptibles de la prescripción, sumando a ello que, conforme a concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, el 15 de enero de 2020, las únicas sumas a retornar en los casos de ineficacias de traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

corresponden a los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, más no la prima de seguros previsional, dado que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Añade que la devolución de tales dineros, adicionalmente, genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al no existir norma que la disponga y por cuanto el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establece claramente los dineros a trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, máxime que los gastos de administración no están llamados a financiar las prestaciones del afiliado, y por ende no le pertenecen, reiterando que sobre ellos se debe declarar la excepción de 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 demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, 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 se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual. Agrega que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado no se evidencia reclamación elevada ante Colpensiones, en la cual se peticione la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, de suerte que tal requisito se entiende agotado con la presentación de la demanda.

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realizada por MARTHA INÉS CAMARGO GARZÓN al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

Del mismo modo, y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si hay lugar a reconocer a favor de la actora la pensión de jubilación por aportes en los términos anotados por el Juzgado de Conocimiento.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, derechos de petición elevados por la demandante ante Colpensiones y la AFP Porvenir y sus respuestas (fls. 17 a 34, 114 a 116, 143 a 157, 160 vuelto a 164 y 174 a 179) copia del documento de identificación de la demandante (fls. 35 y 158); registro civil de nacimiento de la actora (fl. 48); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 57); certificación estado de afiliación emanado de la AFP Porvenir (fl. 100); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 101); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 102); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 103 a 198); historia laboral oficial para bono pensional (fls. 109 a 111); comunicados de prensa (fls. 112 a 113 y 117 a 118); certificaciones laborales (fls. 169 a 170); comunicación emitida por el Ministerio de Hacienda (fls. 165 a 168); simulación pensional (fls. 171 a 172); interrogatorio de parte de la demandante y testimonios de Sonia Maritza Cubillos y Carmen Yaneth Arias Parada (Cd. a folio 120).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

En tal sentido, el 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 impartió 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 impartió la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

Etapas 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 o del deber de información.

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de febrero de 1993, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el 31 de mayo de 2000, tal como se advierte de la historia laboral que milita en el expediente administrativo (Cd. a folio 57), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 28 de abril de 2000 (fl. 102), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación visible a folio 100 del expediente; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 102).

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 se trasladó al RAIS hacia mayo del año 2000; que para esa época fue abordada por los asesores de varias AFP; que Porvenir S.A. realizó una reunión grupal en donde se les indicó que el ISS iba a desaparecer, al igual que en tal sociedad podrían pensionarse a cualquier edad, con un mejor monto pensional; que también les indicaron que en caso de fallecimiento su pensión se perdería en el régimen público, mientras que en la administradora de fondos de pensiones privada, la misma sería otorgada en un 100% a favor de sus hijos. Concluye señalado que le manifestaron que en el ISS sus aportes no reportarían rendimientos y que nada se le mencionó sobre el régimen de transición. (Cd. a folio 120).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En igual sentido declararon las señoras Sonia Maritza Cubillos y Carmen Yaneth Arias Parada, quienes en calidad de compañeras de trabajo de la demandante en la Gobernación de Cundinamarca, manifestaron que estuvieron presentes cuando la accionante se afilió a la AFP Porvenir, pues ellas también lo hicieron; que ese día fueron asesoradas en una reunión grupal, en la cual se les indicó que el ISS desaparecería y que las condiciones pensionales en el RAIS serían mucho mejores; que no se les hizo ninguna mención del régimen de transición. La señora Sonia Maritza agregó que no se les efectuaron comparativos ni se les relacionaron diferencias entre los dos regímenes pensionales, no les hicieron mención de la aseguradora, y tampoco les refirieron las distintas modalidades de pensión en el RAIS. Concluyen afirmando que únicamente se dedicaron a firmar el formulario de afiliación (Cd. a folio 120).

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

Por manera que, Porvenir S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen, 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 de la afiliada, la 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 gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que tal devolución genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, amén que dichos dineros se sustentan en un mandato legal impuesto por la propia Ley 100 de 1993.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP 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 la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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

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

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES

Sobre el derecho que le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la jubilación por aportes, ha de decirse que no comparte la Sala la decisión proferida por el Juzgado de Conocimiento sobre su concesión, dado que la jurisdicción ordinaria laboral carece de jurisdicción y competencia para emitir pronunciamiento al respecto, dada la condición de empleada pública que ostentó la demandante durante su última vinculación laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Se afirma lo procedente, con base en la certificación laboral expedida por el Departamento de Cundinamarca, militante a folios 125 a 138, y en la cual claramente se expresa que la convocante prestó servicios a su favor desde el 22 de octubre de 1996 hasta el 14 de abril de 2016, en el cargo de Profesional Universitario, por lo que ostenta la calidad de empleada pública (fl. 126), a más que en la historia laboral expedida por la AFP Porvenir no se observan cotizaciones diferentes a las realizadas por tal empleador (fls. 103 a 108).

A partir de lo anterior considera la Sala que, el debate en torno a la pensión de jubilación por aportes que aquí se deprecia debe ser conocida por la jurisdicción contenciosa, atendiendo a la calidad de empleada pública que ostenta la demandante al momento del reconocimiento de esta prestación. Lo anterior, por cuanto en los términos del numeral 4° del artículo 104 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la jurisdicción en mención conoce de las controversias y litigios relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, como acontece en el presente asunto, siendo la excepción los conflictos que se generan en materia de seguridad social con respecto a trabajadores oficiales de las entidades del estado, cuestión que no acontece en las diligencias.

Por tanto, habrá de revocarse la decisión de la falladora de primera instancia, sobre el reconocimiento pensional efectuado a favor de la convocante, para en su lugar declarar que carece de falta de jurisdicción y competencia para conocer de la pensión solicitada por esta, al ostentar la calidad de empleada pública, motivo por el cual debió abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo sobre tal prestación económica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir por el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad en los reparos.

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 CUARTO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 5 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA INÉS CAMARGO GARZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para en su lugar, declarar la falta de jurisdicción y competencia sobre la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a favor de la demandante, y por ende, se abstiene la Sala de emitir pronunciamiento sobre ella, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A.



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

(Salva voto parcial)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

(Aclarar voto)

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL

MAGISTRADO: DRA. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

RADICACION: 110013105024201927601

DEMANDANTE: LUIS FORERO

DEMANDADO: TALLERES TECNOAUTOS

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones según instrucciones del despacho.

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	31-dic	1999
	Hasta:	31-oct	2018
Último Salario Devengado			

Tabla Salarial				
Año	Salario Mensual	Aux. Transp.	Meses	Subtotal Aux Transporte
1999	\$ 236,460.00	\$ 24,012.00	0	\$ -
2000	\$ 260,100.00	\$ 26,413.00	0	\$ -
2001	\$ 286,000.00	\$ 30,000.00	0	\$ -
2002	\$ 309,000.00	\$ 34,000.00	0	\$ -
2003	\$ 332,000.00	\$ 37,500.00	0	\$ -
2004	\$ 358,000.00	\$ 41,600.00	0	\$ -
2005	\$ 381,500.00	\$ 44,500.00	0	\$ -
2006	\$ 408,000.00	\$ 47,700.00	0	\$ -
2007	\$ 433,700.00	\$ 50,800.00	0	\$ -
2008	\$ 461,500.00	\$ 55,000.00	0	\$ -
2009	\$ 496,900.00	\$ 59,300.00	0	\$ -
2010	\$ 515,000.00	\$ 61,500.00	0	\$ -
2011	\$ 535,600.00	\$ 63,600.00	0	\$ -
2012	\$ 566,700.00	\$ 67,800.00	0	\$ -
2013	\$ 589,500.00	\$ 70,500.00	0	\$ -
2014	\$ 616,000.00	\$ 72,000.00	0	\$ -
2015	\$ 644,350.00	\$ 74,000.00	0	\$ -
2016	\$ 689,454.00	\$ 77,700.00	8.266666667	\$ 642,320.00
2017	\$ 737,717.00	\$ 83,140.00	12	\$ 997,680.00
2018	\$ 781,212.00	\$ 88,211.00	10	\$ 882,110.00
Total Aux. transporte				\$ 2,522,110.00

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 1999					
Periodo de liquidación		Desde	31/12/1999	Hasta	31/12/1999
	Salario fijo mensual:		\$ 236,460.00		
	Auxilio transporte:		\$ 24,012.00		
	Factor Variable		\$ -		
	Salario diario:		\$ 8,682.40		
	Días trabajados:		-		
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 0.00		
	360				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2000					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2000	Hasta	30/12/2000
	Salario fijo mensual:		\$ 260,100.00		
	Auxilio transporte:		\$ 26,413.00		
	Factor Variable		\$ -		
	Salario diario:		\$ 9,550.43		
	Días trabajados:		360		
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 286,513.00		
	360				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2001					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2001	Hasta	31/12/2001
	Salario fijo mensual:		\$ 286,000.00		
	Auxilio transporte:		\$ 30,000.00		
	Factor Variable		\$ -		
	Salario diario:		\$ 10,533.33		
	Días trabajados:		360		
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 316,000.00		
	360				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2002					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2002	Hasta	31/12/2002
	Salario fijo mensual:		\$ 309,000.00		
	Auxilio transporte:		\$ 34,000.00		
	Factor Variable		\$ -		
	Salario diario:		\$ 11,433.33		
	Días trabajados:		360		
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 343,000.00		
	360				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2003					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2003	Hasta	31/12/2003
	Salario fijo mensual:		\$ 332,000.00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

	Auxilio transporte:	\$	37,500.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	12,316.67	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 369,500.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2004				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2004	Hasta
				31/12/2004
	Salario fijo mensual:	\$	358,000.00	
	Auxilio transporte:	\$	41,600.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	13,320.00	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 399,600.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2005				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2005	Hasta
				31/12/2005
	Salario fijo mensual:	\$	381,500.00	
	Auxilio transporte:	\$	44,500.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	14,200.00	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 426,000.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2006				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2006	Hasta
				31/12/2006
	Salario fijo mensual:	\$	408,000.00	
	Auxilio transporte:	\$	47,700.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	15,190.00	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 455,700.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2007				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2007	Hasta
				31/12/2007
	Salario fijo mensual:	\$	433,700.00	
	Auxilio transporte:	\$	50,800.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	16,150.00	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 484,500.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2008				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2008	Hasta
				31/12/2008
	Salario fijo mensual:	\$	461,500.00	
	Auxilio transporte:	\$	55,000.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	17,216.67	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 516,500.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2009				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2009	Hasta
				31/12/2009
	Salario fijo mensual:	\$	496,900.00	
	Auxilio transporte:	\$	59,300.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	18,540.00	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 556,200.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2010				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2010	Hasta
				31/12/2010
	Salario fijo mensual:	\$	515,000.00	
	Auxilio transporte:	\$	61,500.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	19,216.67	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 576,500.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2011				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2011	Hasta
				31/12/2011
	Salario fijo mensual:	\$	535,600.00	
	Auxilio transporte:	\$	63,600.00	
	Factor Variable	\$	-	
	Salario diario:	\$	19,973.33	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 599,200.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012				
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2012	Hasta
				31/12/2012



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

	Salario fijo mensual:	\$ 566,700.00	
	Auxilio transporte:	\$ 67,800.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 21,150.00	
	Días trabajados:	360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 634,500.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013			
Periodo de liquidación		Desde	Hasta
		01/01/2013	31/12/2013
	Salario fijo mensual:	\$ 589,500.00	
	Auxilio transporte:	\$ 70,500.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 22,000.00	
	Días trabajados:	360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 660,000.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014			
Periodo de liquidación		Desde	Hasta
		01/01/2014	31/12/2014
	Salario fijo mensual:	\$ 616,000.00	
	Auxilio transporte:	\$ 72,000.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 22,933.33	
	Días trabajados:	360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 688,000.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015			
Periodo de liquidación		Desde	Hasta
		01/01/2015	31/12/2015
	Salario fijo mensual:	\$ 644,350.00	
	Auxilio transporte:	\$ 74,000.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 23,945.00	
	Días trabajados:	360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 718,350.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016			
Periodo de liquidación		Desde	Hasta
		01/01/2016	31/12/2016
	Salario fijo mensual:	\$ 689,454.00	
	Auxilio transporte:	\$ 77,700.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 25,571.80	
	Días trabajados:	360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 767,154.00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% 360		\$ 63,162.35
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre 360		\$ 526,352.88
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados 720		\$ 236,521.03
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017			
Periodo de liquidación		Desde	Hasta
		01/01/2017	31/12/2017
	Salario fijo mensual:	\$ 737,717.00	
	Auxilio transporte:	\$ 83,140.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 27,361.90	
	Días trabajados:	360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 820,857.00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% 360		\$ 98,502.84
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre 360		\$ 820,857.00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados 720		\$ 368,858.50
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2018			
Periodo de liquidación		Desde	Hasta
		01/01/2018	31/10/2018
	Salario fijo mensual:	\$ 781,212.00	
	Auxilio transporte:	\$ 88,211.00	
	Factor Variable	\$ -	
	Salario diario:	\$ 28,980.77	
	Días trabajados:	300	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360		\$ 724,519.17
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% 360		\$ 72,451.92
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre 360		\$ 724,519.17
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados 720		\$ 325,505.00



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre	Prima de servicios	Vacaciones
1,999	\$ 0.00			
2,000	\$ 286,513.00			
2,001	\$ 316,000.00			
2,002	\$ 343,000.00			
2,003	\$ 369,500.00			
2,004	\$ 399,600.00			
2,005	\$ 426,000.00			
2,006	\$ 455,700.00			
2,007	\$ 484,500.00			
2,008	\$ 516,500.00			
2,009	\$ 556,200.00			
2,010	\$ 576,500.00			
2,011	\$ 599,200.00			
2,012	\$ 634,500.00			
2,013	\$ 660,000.00			
2,014	\$ 688,000.00			
2,015	\$ 718,350.00			
2,016	\$ 767,154.00	\$ 63,162.35	\$ 526,352.88	\$ 236,521.03
2,017	\$ 820,857.00	\$ 98,502.84	\$ 820,857.00	\$ 368,858.50
2,018	\$ 724,519.17	\$ 72,451.92	\$ 724,519.17	\$ 325,505.00
Totales	\$ 10,342,593	\$ 234,117	\$ 2,071,729	\$ 930,885

Tabla Liquidación Prestaciones sociales	
Auxilio Cesantías	\$ 10,342,593.17
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 234,117.10
Prima de Servicios	\$ 2,071,729.05
Vacaciones	\$ 930,884.53
Auxilio de Transporte	\$ 2,522,110.00
Total Liquidación	\$ 16,101,433.84

Fuente	
Observaciones	1. 2. La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho

Fecha liquidación: _____ miércoles, 28 de julio de 2021 _____



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS HERNANDO TORRES SARMIENTO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de Colpensiones, por sustitución otorgada por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS HERNANDO TORRES SARMIENTO** a través de apoderado judicial, persigue se condene al reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, junto con el retroactivo pensional, la indexación, costas y agencias en derecho, folio 1.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 de las diligencias, los cuales en síntesis indican que le fue reconocida pensión de vejez a través de la Resolución GNR 254089 de 2016, conforme a lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990. Aduce que contrajo matrimonio con la señora MARIA STELLA LEON ALZATE el 24 de agosto de 1985, con quien convive desde hace 33 años, siendo ella dependiente de él en un todo, por no haber laborado o recibir pensión. Refiere que el 1º de agosto de 2017 radicó solicitud de incremento pensional, misma que fue zanjado desfavorablemente.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el incremento reclamado se encuentra derogado con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993 y, lo establecido en la sentencia SU 140 de 2019. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; no configuración del derecho al pago de indexación; cobro de lo no debido;



buena fe; inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones (Cd. a folio 36).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de mayo de 2021, resolvió **condenar** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del actor del incremento del 14% sobre la pensión mínima legal mensual vigente por cónyuge a cargo, a partir del 7 de octubre de 2017; **ordenar** el pago del retroactivo por 47 períodos pensionales liquidados entre el 7 de octubre de 2017 y el momento en que se profiere la sentencia, debidamente indexado, que ascienden a la suma de \$5.978.118; **condenar** a COLPENSIONES hacer la inclusión en nómina y seguir pagando ese incremento junto con las mesadas adicionales de diciembre a que haya lugar; **absolver** a COLPENSIONES de las demás súplicas de la demanda; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, a excepción de la prescripción, que se declara probada parcialmente respecto de los incrementos causados con anterioridad al 7 de octubre de 2017; **condenar** en costas a Colpensiones. (CD a folio 43).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, disiente de la argumentación establecida en la sentencia Su-140 de 2019, dado que el régimen de transición no solo implica la preservación de las expectativas legítimas por vía del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino también a través del artículo 31 *ejusdem*, amén que la decisión de la Corte Constitucional vulneraría el derecho a la seguridad social y en particular el mandato de no regresividad, además, no da aplicación del principio *indubio pro operario* y toda su postura se sustenta en juicios de conveniencia y no en argumentos de carácter jurídico. Así, concluyó que los incrementos pensionales continúan vigentes, para los afiliados al ISS por aplicación del régimen de transición, lo cual se acompasa con lo definido por la Corte suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Concluyendo que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

actor tiene derecho a su reconocimiento dado que acreditó los presupuestos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 para el efecto.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDADA interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los incrementos pensionales establecidos en el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia, por cuanto la normatividad en referencia no contempla dichas prestaciones, ni mucho menos las incluyó dentro de los derechos establecidos en el artículo 36 *ejusdem*. Añade que en sentencia de unificación SU-140 de 2019, la Corte Constitucional definió que los incrementos por personas a cargo fueron objeto de derogatoria a partir del 1° de abril de 1994, aun para aquellos beneficiarios del régimen de transición, sin perjuicio de los derechos adquiridos a la data en mención, y es por ello que la Corporación concluyó que la prescripción no podía tener aplicación respecto de garantías que habían dejado de existir para quienes no las consolidaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Refiere que, en todo caso, las declaraciones recaudadas en el proceso, manifestaron que la dependencia de la cónyuge no era exclusiva del demandante, en tanto sus hijos preveían ayudas económicas. Concluye manifestando que la entidad ha actuado de buena fe y dando aplicación a las normas que regulan el caso, por manera que no es procedente la condena en costas impuesta por el Juzgado.

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 **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, recorrió el traslado para alegar de conclusión,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

oportunidad en la que indicó que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que el artículo 22 de dicha normatividad señala que los mismos no forman parte integrante de la pensión, además, la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y el artículo 36 *ejusdem* únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden. Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Constitución Política a través de Auto del 23 de mayo de 2018, comunicó la declaratoria de nulidad de la sentencia SU 310 de 2017, al considerar que se omitió el análisis de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Carta Superior, que establecieron un Sistema General de Pensiones con unos mismos requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad financiera, lo cual resulta de gran trascendencia al momento de hacer referencia al derecho fundamental de la seguridad social en materia pensional.

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 la solicitud radicada el 1º de agosto de 2017, militante a folio 22.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada, 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 conceder el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE A CARGO

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

Dentro de esta evolución y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en



igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.

Sancionada la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, el citado incentivo familiar por personas a cargo, no se reguló en ninguno de los sistemas, y solo en desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados bajo los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como de manera reiterada lo señaló la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia con radicación No. 29751 del 5 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas, posición que venía asumiendo el Magistrado Sustanciador, acatando para el efecto el precedente que de vieja data había sentado la mentada Corporación.

Empero, se constata que en la sentencia SL2061-2021, Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resolvió adoptar la posición sentada por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, en la cual se consideró que el incremento pensional por personas a cargo que preveía el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Así, indicó la Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso puesto a su consideración:

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

[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

[...]

7. Conclusiones

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

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.» (Subraya fuera de texto).

Bajo ese entendido, el Magistrado Sustanciador, en atención a la nueva posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia del 11 de junio de 2021, proferida dentro del proceso 19 2019 0003 promovido por Sixta Helena Naranjo de Molina contra Colpensiones, hizo suyos los argumentos expuestos por la Corporación y procedió a recoger la tesis que venía asumiendo en cuanto a la vigencia de los incrementos por personas a cargo, para en su lugar, aplicar la posición según la cual, tales incrementos desaparecieron de la vida jurídica una vez cobró vigor la Ley 100 de 1993, excepto para aquellos pensionados que consolidaron su derecho pensional antes del 1º de abril de 1994, en amparo de sus derechos adquiridos, tesis que además, viene siendo acogida desde tiempo anterior por lo demás integrantes de la Sala de Decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Bajo tales presupuestos, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que al señor **LUIS HERNANDO TORRES SARMIENTO** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución GNR 254089 del 29 de agosto de 2016, a partir del 21 de octubre de 2014, en cuantía inicial de \$616.000, conforme al Acuerdo 049 de 1990 y por ser beneficiario del régimen de transición (fls. 18 a 21); en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, no queda otro camino que absolver a Colpensiones del incremento por cónyuge a cargo.

Dimanando en la revocatoria del fallo aquí estudiado, conforme a lo peticionado por la demandada Colpensiones.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS HERNANDO TORRES SARMIENTO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo del demandante, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GERARDO TATAR RODRÍGUEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jorge Andrés Narváez Ramírez** identificado con

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

1. 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

cedula de ciudadanía No. 1.020.819.595 y tarjeta profesional 345.274 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **GERARDO TATAR RODRÍGUEZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a través de la AFP Porvenir, al igual que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia, se ordene a la AFP llamada a juicio trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales a que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a recibir la totalidad de sus aportes y activar su afiliación en pensión, lo que resulte probado ultra y extra petita costas y agencias en derecho (fls. 4 a 5 y 68 a 69).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 y 67 a 68 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 24 de diciembre de 1954; que se afilió al otrora ISS desde el 25 de marzo de 1974; que el 28 de febrero de 1995, suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir, por cuanto requería recuperar los tiempos cotizados al ISS, lo cual según la asesora de la citada, sería posible a través de su afiliación a dicha sociedad; que nunca realizó aportes a la AFP Horizonte y por el contrario, suscribió formulario de afiliación al otrora ISS hoy Colpensiones el 1° de septiembre de 1997, en donde realizó sus cotizaciones hasta el año 2013; que en esta última anualidad la AFP Porvenir le indicó a su empleador que sus aportes a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensión debían ser remitidos a dicha sociedad, por tratarse de la entidad a la cual se encontraba válidamente afiliado. Agrega que Horizonte hoy Porvenir, no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional. Que el monto de la prestación de vejez presenta diferencias en uno u otro régimen pensional. Que solicitó ante la AFP Porvenir la nulidad de su afiliación, al igual que su vinculación ante Colpensiones, peticiones que le fueron resueltas de manera desfavorable.

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 allega prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP Porvenir, que hubiese generado un vicio en el consentimiento del demandante, al momento de asesorarlo para su traslado, así como tampoco sobre la configuración de la ineficacia o nulidad que afecte su decisión libre y voluntaria, lo cual impide concluir que la AFP omitió sus deberes y obligaciones. Resalta que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y de la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del Sistema General de Pensiones y declaratoria de otras excepciones. (fls. 100 a 108).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Señala que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados, como para el público en general, de suerte que el demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha de traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP. Refiere que el actor suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada la decisión de traslado, toda vez que recibió una asesoría verbal y suficiente, a más que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 82 a 95).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 20 de mayo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir; **ordenar** a Colpensiones autorizar el traslado del actor al RPM; **ordenar** a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional, gastos de administración y cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable realizar descuento alguno; **declarar** que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, **sin costas** en la instancia. (Cd. a folio 120).

Lo anterior por considerar el A quo que, la decisión del actor adoleció de la información suficiente, en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con plena libertad su traslado de régimen, en tanto correspondía a la demandada Porvenir S.A. prever e informar sobre las consecuencias futuras del mismo, pues tal cambio podía tener consecuencias nefastas a futuro, razón por la que esa información era de vital importancia para la correcta elección del demandante. Añade que era necesario que aquel conociera los aspectos atinentes a su situación particular, a fin de que cumpliera su expectativa pensional que le permitiera contar con una mesada pensional equivalente a la que obtendría de haber permanecido en el RPM al que venía afiliado, acotando que del acervo probatorio no se constata que el fondo privado cumpliera con el deber de obrar en consonancia con el principio de eficiencia que informa el Sistema General de Seguridad Social, esto es, al tenor del literal a) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para esa época, esto es, el año 1995, en las cuales no existía obligación de documentar la asesoría brindada a los afiliados, al bastar con la suscripción del formulario de afiliación, conforme así lo estableció el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de suerte que resulta un imposible



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

jurídico exigirle a la AFP la demostración de formalidades que nacieron con posterioridad a la afiliación del convocante. Refiere que el actor también estaba en la obligación de informarse sobre su situación pensional, más aun cuando se trata de una persona que goza de su capacidad plena en los términos del artículo 1502 del C.C. Sostiene que no es razonable considerar que como AFP ostenta una posición dominante, dado que las condiciones del funcionamiento del RAIS no pueden ser debatidas por las partes, en tanto se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993. Sobre los dineros a retornar al RPM, incluidos los gastos de administración, sostiene que resultan improcedente, como quiera que la ineficacia supone la inexistencia del acto jurídico celebrado, lo cual implica que la sociedad nunca administró los dineros del convocante y por ende estos no generaron rendimientos financieros, además, en cuanto a los gastos de administración, los mismos tienen una destinación legal, encaminada a la retribución del servicio de cuidar el bien administrado, como lo es cada aporte del afiliado, luego los mismos fueron invertidos, en aras de lograr los rendimientos del capital ahorrado, sumando a ello que su devolución al RPM, en donde también se cobran, devendría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al no haber realizado ninguna administración de los aportes del demandante durante 20 años. Concluye aduciendo que se equivoca el Juez a autorizar a Colpensiones para reclamar cualquier perjuicio que la AFP le hubiere podido ocasionar con el traslado del afiliado, pues ello no hace parte del presente debate, a más que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de ninguna manera ha impuesto condenas por perjuicios a favor de Colpensiones.

A su turno, la demandada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, aduciendo que pese a la regla establecida por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, en tratándose de ineficacias de traslado, no puede desconocerse que la parte actora



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presenta contradicciones entre lo manifestado en su interrogatorio de parte y en el escrito de demanda, pues en su declaración afirmó que su acercamiento con el asesor de la AFP Porvenir, simplemente tenía como finalidad indagar sobre el estado de sus semanas de cotización al ISS, lo cual es contrario a los presupuestos fácticos del *libelo genitor*, de los que se puede establecer que suscribió el formulario de vinculación a dicha sociedad con pleno conocimiento de ello, de suerte que no existió engaño, al existir una aceptación de su parte en cuanto a que la firma de tal documento tuvo lugar de forma voluntaria y sin presiones, a más que no acudió a la entidad que estaba obligada a suministrarle la información de sus aportes, esto es, el otrora ISS, como bien lo refirió. Añade que el demandante no logró explicar por qué solicitó su retorno al ISS, pues si estaba seguro de su afiliación a esta entidad, no tiene sentido que peticionara su regreso. Aduce que en el *examine* no existe vicio en el consentimiento, pues el demandante demostró que tenía pleno conocimiento de la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Porvenir, sumado a que su inconformidad únicamente radica en el valor de su mesada pensional, cuya liquidación y características se encuentran reguladas en la Ley de 1993 que debe ser de su conocimiento. Finaliza afirmando que la decisión del Juzgado genera un detrimento patrimonial a Colpensiones, dado que el demandante toda su vida laboral realizó sus aportes al RAIS, y pese a ello, pretende beneficiarse de una mejor mesada pensional en el RPM.

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 apoderada de la parte actora al descorrer el traslado otorgado, solicita la confirmación del fallo de primera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

instancia, por cuanto de las pruebas practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional. Agrega que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial, sostenida y pacífica durante la última década, en lo que se refiere a las obligaciones de información en cabeza de los fondos de pensiones, y se ha hecho precisión frente a la evolución de este deber en materia legislativa. Es así como se ha definido la carga probatoria dentro de los procesos en que se discute el incumplimiento de dicho deber y las consecuencias que se desprenden de su omisión frente a los traslados y afiliaciones efectuadas en el RAIS.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PROVENIR S.A.**, manifiesta que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Agrega que el *a quo* pasó por alto que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Resalta que las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen por mandato legal una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, de suerte que no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar. Es claro, por lo tanto, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo: manejar los fondos y las cuentas individuales. No están en poder de la administradora, ya que por exigencia de la ley estuvo obligada a invertir las en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio no se constata que se haya formulado solicitud a Colpensiones tendiente a obtener la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, de suerte que tal presupuesto se entiende agotado con la presentación de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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 GERARDO TATAR RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación del demandante (fl. 15); formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fls. 22 y 54); solicitud de vinculación ante el ISS (fl. 23); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 24 a 37); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 38 a 43); simulación pensional emitida por la AFP Porvenir (fls. 44 a 47); cálculo IBL RPM (fl. 48); solicitudes elevadas ante las demandadas y sus repuestas (fls. 49 a 53 y 55 a 56); petición Superintendencia Financiera y su respuesta (fls. 57 a 62); expediente administrativo proveniente de la AFP Porvenir (Cd. a folio 96) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd. a folio 120).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

En tal sentido, el 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 impartió 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 impartió la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 o del deber de información.

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de marzo de 1974, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta el 30 de junio de 1985, tal como se advierte de la historia laboral que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

milita a folio 24, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir el 28 de febrero de 1995 (fl. 22), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación contenida en el medio magnetofónico que obra a folio 96 del expediente, siendo importante acotar que si bien, el actor presentó cotizaciones al ISS con posterioridad a su traslado, las mismas fueron remitidas a Horizonte, bajo la causal “no vinculado”, según se desprende de la historia laboral visible a folios 24 a 37; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Previo a desatar la *litis*, conveniente resulta aclarar que si bien en el presente asunto se advierte que la última cotización del demandante en el RPMPD lo fue el 30 de junio de 1985, y por ende, no presentó aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no implica la pérdida de la calidad de afiliado al mismo, la cual adquirió desde el 25 de marzo de 1974, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., un traslado.

Lo anterior teniendo en cuenta que, si bien de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “deberán” seleccionar uno de los dos regímenes pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al Sistema General de Pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo Sistema General de Pensiones requirieran vincularse a este, debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto en su artículo 4° previó que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *«los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están»*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el *sub examine*, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado a dicha entidad, se *itera*, desde el 25 de marzo de 1974, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los siguientes términos:

«La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas» (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*«Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**» (Negrilla fuera del texto)*

De lo referido en precedencia, de manera diáfana se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1° de abril de 1994 no implica que el afiliado al RPM pierda tal calidad a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el *sub examine*, venía afiliado al ISS desde el 25 de marzo de 1974, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 28 de febrero de 1995 a la AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*«Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.**»*

(..)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida».

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 vengan afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

TEORIA DEL CASO

Precisando lo anterior, y en aras de resolver lo que corresponde a la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS deprecado en el *libelo genitor*, conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 22).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, en tanto afirmó que se afilió al ISS hacia el año 1974 en donde cotizó por un período de 10 años; que después de desvincularse con su empleador se dedicó al trabajo independiente, lo cual le implicó no seguir cotizando a dicha entidad, dado que ello le afectaba sus ingresos; que después de mejorar su condición económica, quiso saber lo que había sucedido con sus aportes efectuados al ISS, por manera que se contactó con una asesora de la AFP Horizonte, quien le indicó que al no estar afiliado a la citada sociedad, no era posible consultar su información en el sistema, ofreciéndole como solución realizar su vinculación a la misma, a lo cual accedió; que al cabo de dos semanas la asesora le indicó que sus semanas aportadas al ISS no podrían ser recuperadas, circunstancia que lo desmotivó a continuar haciendo aportes; que con posterioridad se vinculó nuevamente como trabajador dependiente, indicando a su empleador que lo afiliara al ISS, dado que había olvidado su afiliación a la AFP; que hacia el año 2013, su empleador le indicó que Horizonte estaba requiriendo el traslado de sus aportes, por lo cual acudió a las instalaciones de la sociedad, en donde le indicaron que él tenía una afiliación vigente con la administradora, por tanto sus cotizaciones le fueron transferidas por el ISS. Aclara que la suscripción del formulario de vinculación a la AFP estuvo precedida de su deseo de saber qué había sucedido con sus aportes realizados al ISS, y que si bien había recurrido a esta última entidad para ello, lo cierto es que le indicaron que con su número de cédula no se encontraba ningún registro. Finalmente, precisó que con posterioridad, acudió a un CADE con el número de su empleador de la época, en donde le dijeron que esas semanas en efecto estaban cotizadas a su nombre. (Cd. a folio 120).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Declaración que, contrario a lo afirmado por Colpensiones no se contradice con lo planteado en la demanda, pues nótese que en los hechos 6 y 7 se afirmó que:

«6. Indica el señor GERARDO TATAR RODRÍGUEZ, que trabajando como independiente conoció a la señora CARMEN LUZ ORTIZ URREA, asesora comercial de la A.F.P. HORIZONTE. Como consecuencia, el demandante le pidió que le averiguara si era posible reclamar el tiempo que había cotizado con el ISS pensiones.

7. Indica el demandante que la señora CARMEN LUZ ORTIZ URREA, le informó que para poder obtener esa información era necesario que él se afiliara a la A.F.P. HORIZONTE; razón por la cual el demandante accedió a firmar el formulario de vinculación a la A.F.P. horizonte.»

Así, resulta claro que lo afirmado en la demanda coincide con lo manifestado por el accionante en su interrogatorio, en el que además aclaró que firmó el formulario de afiliación a la AFP Horizonte solo porque quería conocer lo sucedido con las semanas cotizadas al ISS.

Ahora bien, 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 Horizonte hoy 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, Horizonte hoy Porvenir S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen, 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 del afiliado, la 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 los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues en virtud de esta se entiende que el acto jurídico nunca existió.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

(...)

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

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

Finalmente, en lo que atañe a la orden emitida por el Juzgado en relación con autorizar a Colpensiones a reclamar por vía judicial los perjuicios que pueda sufrir en el momento que asuma la obligación pensional del demandante, ha de decirse que la misma resulta improcedente, como lo afirma Porvenir, pues ello no hace parte del objeto del presente proceso, a más que Colpensiones no conforma el extremo activo y tampoco formuló demanda de reconvención para el efecto, de suerte que habrá de revocarse tal determinación.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de las demandadas recurrentes, dado el resultado de la alzada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

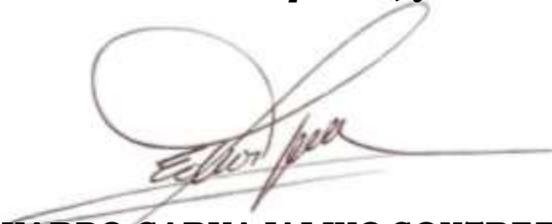
RESUELVE

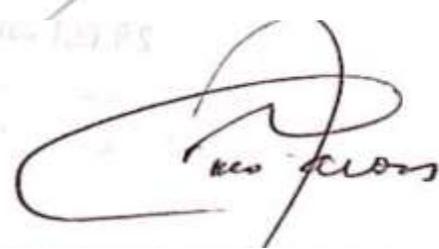
PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado (1º) Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 20 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GERARDO TATAR RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

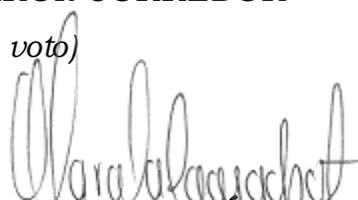
TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

(Salva voto)


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written over a light-colored background.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA REINA PERDOMO OLIVAR** CONTRA **QUALITY CARWASH MASIVO & ASOCIADOS S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARÍA REINA PERDOMO OLIVAR** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare la existencia de un nexo contractual de carácter laboral con **QUALITY CARWASH MASIVO & ASOCIADOS S.A.S.**, ejecutada por el interregno del 1° de junio de 2014 y el 17 de julio de 2017; como consecuencia, se condene a **QUALITY CARWASH MASIVO & ASOCIADOS S.A.S.** a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, junto con la sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, indemnización moratoria, indexación, costas y agencias en derecho (fls. 3 a 4 y 26 de las diligencias).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 4 y 26 a 27 de las diligencias, que en síntesis advierten que inició a laborar para la demandada el 1° de junio de 2014, teniendo como salario la suma de \$616.000 más horas extras y recargos nocturnos. Que su horario se extendió de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. Refiere que el 17 de julio de 2017 presentó renuncia al cargo desempeñado, acotando que para dicha data la demandada no canceló las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones. Indica que el último promedio salarial ascendió a la suma de \$1.026.909, integrado por el salario básico, auxilio de transporte y horas extras; que la convocada el 17 de julio de 2018 le consignó la suma de \$1.122.113 por concepto de prestaciones sociales, empero tales acreencias laborales causadas entre el 1° de enero y el 17 de julio de 2017, en realidad equivalen a \$1.442.520,38.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: Mediante auto del 25 de noviembre de 2020 el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de **QUALITY CARWASH MASIVO & ASOCIADOS S.A.S.** (fl. 64).

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de junio de 2021, resolvió **declarar** que entre Maria Reina Perdomo Olivar y Quality Carwash Masivo y Asociados S.A.S. existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 24 de junio de 2014 y el 17 de julio de 2017; **condenar** a la convocada a pagar a favor de la demandante por concepto de indemnización moratoria la suma de \$8.434.370, a razón de un salario diario desde la fecha de terminación del vínculo laboral hasta la data en que se acreditó el pago de las prestaciones sociales; **declarar** parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación y declarar no probados los demás medios exceptivos propuestos por la encartada; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **condenar** a la convocada en costas del proceso (medio magnetofónico a folio 152).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se presentó discusión en la existencia del contrato de trabajo y que aun cuando en la demanda se afirma que este inició el 1° de junio de 2014, de la documental obrante en el proceso y lo confesado por la actora en su interrogatorio de parte, es claro que la relación laboral estuvo vigente desde el 24 de junio de símil año hasta el 17 de julio de 2017. Añade que, no es cierto que a la actora no se le hayan reconocido las prestaciones sociales causadas durante el año 2017, pues obra liquidación de prestaciones sociales que incluye las cesantías, sus intereses, primas de servicios y vacaciones generadas en dicha anualidad, la cual además fue pagada a la demandante y cuyos valores se encuentran ajustados a derecho. Refiere que no procedente la sanción por falta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de consignación de cesantías, dado que la propia demandante en su declaración refirió que tal emolumento sí le fue consignado, amén que para el año 2017 la obligación surgida en torno a este, correspondía a su reconocimiento directo a la trabajadora. Concluye indicando que es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria, dado que la liquidación del contrato de trabajo fue pagada hasta julio de 2018, y si bien la encartada adujo que se encontraba atravesando una crisis económica, tal situación no la ubica en el terreno de la buena fe, dado que conforme al artículo 28 del CST del trabajo, el trabajador se hace partícipe de las ganancias y no de las pérdidas del patrono, amén que tal y como lo refirió la Corte Suprema de Justicia, las crisis financieras no son justificantes para excusar la omisión en el pago de las prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral, menos aun cuanto conforme al artículo 2495 del Código Civil, los créditos laborales causados por salarios y prestaciones sociales, tienen prevalencia sobre los demás.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDADA interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo, en síntesis, como motivos de disidencia que, si bien el vínculo laboral de la actora terminó en el año 2017, la convocada no pudo reconocerle sus prestaciones sino hasta un año después, por cuanto se encontraba atravesando una difícil situación económica, como está claramente probado en el paginario. Refiere que debe considerarse la mala fe de la parte activa, quien formuló su demanda después de pasados dos años, conducta que hace improcedente la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, en los términos indicados por el Juzgado de Conocimiento, pues únicamente habría lugar a los intereses moratorios calculados sobre las acreencias laborales adeudadas. Indica que una vez la empresa superó sus dificultades financieras, procedió a reconocerle a la actora, sin petición previa, las acreencias laborales causadas a su favor, proceder que evidencia claramente su actuar de buena fe.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por la parte accionada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si no se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de indemnización moratoria; en caso contrario, si sólo es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así reconocida por el Juzgado de primera instancia, lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del contrato de trabajo (fl. 16), certificación laboral (fl. 17); respuesta a derecho de petición (fl. 18); liquidación del contrato de trabajo (fl. 19); certificación de afiliación a la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio (fl. 20); constancia de

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

transferencia bancaria (fl. 21); estados de resultados de la demandada (fls. 49 a 50); acta de comparecencia expedida por la DIAN (fl. 51); autorizaciones de transferencias bancarias (fl. 52 y 54 a 55); certificación depósito judicial (fl. 53); estados de cuenta detallados por períodos gravables (fls. 56 y 57); informe de obligaciones tributarias (fl. 58) e interrogatorio de parte de la demandante; probanzas de las cuales se colige que, bajo el marco de un contrato a término fijo, MARÍA REINA PERDOMO OLIVAR laboró al servicio de la demandada QUALITY CARWASH MASIVO & ASOCIADOS S.A.S. por el interregno del 24 de junio de 2014 al 17 de julio de 2017, desempeñando como último cargo el nominado Operario Lef, con una asignación promedio mensual final de \$1.026.909 (fl. 19). Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio.

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

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

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

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«el reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe

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

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

Ahora, atendiendo la distribución de la carga de la prueba, es necesario memorar que bajo el abrigo de las normas generales de la prueba y el traslado de la misma cuando se presenta una negación indefinida, como es la ausencia de pago, bajo lo reglado en el inciso final del artículo 167 del CGP, es precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aquellos que reclama, es decir, será el llamado a acreditar el supuesto de facto.

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

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

(..)

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

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de la sociedad convocada a debate judicial para la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros exigentes de la indemnización moratoria y, que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues no obra dentro de las diligencias probanza que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demostrara para el 17 de julio de 2017 diligencia en el pago, o por lo menos, motivos excepcionales para no efectuarlo.

Al punto, no resultan acertadas las manifestaciones de la pasiva recurrente al señalar que no contaban con recursos económicos por la compleja situación que atravesaban, pese a reconocer la deuda que los aquejaba a título de acreencias laborales, pues, la indicación de encontrarse en una situación económica difícil, no conduce a configurar la existencia de una buena fe, aun cuando ello se encuentre demostrado con las documentales obrantes a folios 49 a 58 de las diligencias que refieren pérdidas de la convocada y saldos pendientes por concepto de impuestos, al ello no corresponder a una justificación válida como lo ha enseñado *in extenso* la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la sentencia rad. 34778 del 1° de junio de 2010, al indicar:

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

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

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMIENTE DE MORATORIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)».

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a compartir la decisión del *a quo* en cuanto a la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnizaciones relatada, al no ser de recibo el argumento que expone la pasiva para liberarse de la pretensión, el cual desconoce que es el empleador quien tiene la obligación de realizar el pago de las acreencias laborales adeudadas de manera inmediata a la terminación del nexo y sin que sea necesario adelantar gestión alguna por parte de la trabajadora.

Y es que no obra elemento de convicción que permita detallar una diáfana intención en solventar las obligaciones contractuales debidas a la demandante de manera oportuna, en tanto ello solo tuvo lugar el 13 de julio de 2018, esto es, un año después de terminado el vínculo laboral que ató a las partes (fl. 21).

De suerte que, a la demandante le incumbe el otorgamiento de la indemnización de que trata el art. 65 del CST, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo, como así lo definió la Juez de primer grado, en la medida que la H. Corte Constitucional en el estudio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de exequibilidad del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, advirtió que el pago de un día de salario por cada día de retraso debe ir hasta la fecha efectiva de pago, siempre y cuando la parte demandante presente el *libelo incoatorio* dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral, tal como acaeció en el presente asunto, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, al constatarse que el contrato de trabajo terminó el 17 de julio de 2017 y la demanda fue formulada dentro de dicho término, por cuanto en el acta de reparto visible a folio 23, se detalla que ello tuvo lugar el 3 de abril de 2019.

De suerte que, no le asiste razón al apelante cuando afirma que en el *sub judice* debe impartirse condena únicamente por intereses moratorios.

Dimanando en la confirmación del fallo opugnado, no sin antes acotar que el *quantum* de la indemnización moratoria no será revisado en esta instancia, en tanto que el extremo pasivo no debate el salario aplicado por la Juez de Conocimiento.

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

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pública virtual celebrada el 3 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA REINA PERDOMO OLIVAR** contra **QUALITY CARWASH MASIVO & ASOCIADOS S.A.S.**, conforme a la parte motiva del presente proveído.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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