



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

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



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jorge Andrés Narváez Ramírez** identificado con 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: La señora **ALBA AUDIVE RUEDA GÓMEZ** a través de apoderado 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 debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, condenar a la sociedad en mención trasladar a Colpensiones los aportes cotizados al RAIS, y a su vez condenar a esta entidad a recibirlos y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 8 de junio de 1984; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 8 del expediente, que en síntesis advierten que, se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 8 de junio de 1984; que el 31 de julio de 1995 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; que el asesor de la citada no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones, como tampoco le efectuó una proyección que le permitiera contar con la



información completa sobre el monto de la prestación, teniendo en cuenta el valor del bono pensional. Refiere que en el momento del traslado únicamente se le indicó como estrategia de venta, que no iba a pensionarse debido a que el ISS iba a desaparecer y que en la nueva AFP podría pensionarse a cualquier edad, sin explicarle las implicaciones que ello generaría sobre su mesada y su bono pensional. Resalta que no se le refirieron las desventajas de pertenecer al RAIS, y que la información que le fue entregada, fue sesgada y parcializada con el único fin de concretar su traslado. Que solicitó ante la AFP Porvenir la invalidación de su afiliación, la cual le fue negada mediante comunicación de fecha 6 de agosto de 2019. Concluye indicando que radicó formulario de afiliación a Colpensiones, empero, el mismo le fue negado por encontrarse a 10 años o menos para pensionarse.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su aposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Añade que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado primigenio. Indica que resulta evidente la negligencia de la actora en torno a consultar sobre su situación pensional, quien tiene obligaciones como consumidora financiera, amén que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y no configura más que un error de derecho, que no vicia el consentimiento. Indica que la convocante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, circunstancia que imposibilita tenerla como afiliada al RPM, máxime que ello contraviene el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó falta



de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (fls. 80 a 92).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la demandante al momento de realizar el traslado de régimen, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, la recibir asesoría de manera verbal por parte de la AFP, la cual fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias del trasladarse de régimen pensional. Agrega que de conformidad con los documentos aportados, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 103 a 124).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de abril de 2021, resolvió **declarar** la nulidad o ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en su caso administra la AFP Porvenir S.A. para tenerla válidamente afiliada a Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, gastos de administración y comisiones;



ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la actora al RPM; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a la AFP Porvenir; **sin costas** en contra de Colpensiones (Cd. a folio 279).

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, ya que el deber de información 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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la demandante guardó silencio por más de 24 años respecto a la información que le fue proporcionada el 31 de julio de 1995 por parte de la AFP Porvenir, siendo clara su actitud de abandono respecto a su situación pensional, amén que del interrogatorio de parte por ella rendido, se constata que se trasladó de manera libre y voluntaria, sin sentirse coaccionada para el efecto, e igualmente, hizo énfasis en que uno de los motivos para tomar tal decisión, lo fue la quiebra del ISS que le había sido referida, sin embargo, pese a que conforme al Decreto 2011 de 2012, Colpensiones continuó asumiendo las funciones de la entidad en mención, la actora no retornó al RPM. Aduce que la convocante a juicio faltó a su deber de diligencia y cuidado



como consumidora financiera, conforme al artículo 4° del Decreto 2241 de 2010, motivo por el cual todas las responsabilidades no debieron radicarse únicamente en las demandadas. Sostiene que de acuerdo a lo definido por la Corte Constitucional, el período de carencia definido por el legislador, tiene como objetivo garantizar el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y evitar la descapitalización del fondo común perteneciente al RPM, en aras de evitar una afectación a los afiliados, que sí cotizaron a lo largo de su vida para acceder a un beneficio pensional. Concluye indicando que a la fecha en que se ejecutó el traslado de régimen, no se afectó ninguna expectativa de la demandante para pensionarse en el RPM, ni tampoco ningún beneficio que haya adquirido en el año 1995, dado que a tal data la señora Rueda Gómez contaba con 28 años y 309,29 semanas de cotización, siendo claro que no era beneficiaria del régimen de transición, ni reunía las condiciones para darle aplicación a las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la parte demandante suscribió el formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir, el cual correspondía al único documento requerido por la ley en ese momento para dotar de validez el acto de afiliación o traslado. Indicó que conforme lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1452 de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas, el deber de información, aunque ha existido de los inicios de las AFP, lo cierto es que el mismo ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, cuyas exigencias se han incrementado a lo largo de los años; empero, ello no fue interpretado de manera adecuada, porque para la data del traslado se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del mismo año, normas que únicamente requerían informar sobre las características de acceso a los servicios del RAIS,



sobre todo para evitar la coacción en su escogencia, por manera que deberes como realizar una comparación entre regímenes, realizar proyecciones pensionales, doble asesoría y buen consejo, no deben requerirse en el caso concreto, dado que surgieron con posterioridad a la afiliación de la demandante. Añade que en el evento de haberse realizado la proyección que menciona el Despacho, el resultado sería totalmente alejado de la realidad, dado que en el transcurso del tiempo la demandante ha presentado cambios en sus salarios, de manera mensual y anual, sumando a ello que al no existir certeza sobre la consolidación del derecho pensional, no puede concluirse que una falta de proyección vulneraría el derecho a la información. Acota que la inconformidad de la actora se relaciona con el monto de su mesada pensional, circunstancia que *per se* no da lugar a la declaratoria de una ineficacia de traslado. Concluye manifestando que no resulta coherente la decisión del Juzgado de Conocimiento, pues pese a que las consecuencias de la ineficacia implican entender que el negocio jurídico nunca se constituyó, ordena la devolución de los rendimientos financieros obtenidos durante la afiliación a la AFP, y a su vez, los gastos de administración generados por la debida administración que esta realizó.

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: El apoderado de la parte actora al descorrer el traslado otorgado, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, advirtiendo en síntesis que dentro del presente trámite, no existen pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora PORVENIR S.A. le brindó a ALBA AUDIVE RUEDA una



asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado efectuado el 31 de julio de 1995. Tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994. Añade que la Administradora nunca le efectuó a la demandante un cuadro o proyección comparativa mediante la cual pudiera explicarle la forma de pensionarse en uno u otro régimen, o los requisitos y las variables usadas para liquidar su pensión; tampoco le informó sobre el derecho de retracto, ni que tenía una prohibición legal para regresar al RPM faltándole 10 años para cumplir la edad pensional.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria del fallo impugnado, argumentando para el efecto que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez, en la medida en que fueron cumplidas a cabalidad las obligaciones que le correspondían a la AFP en materia de información, atendiendo con los parámetros establecidos en la normativa vigente 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. Señala que la demandante contó con múltiples oportunidades para retornar al RPM, pues para el momento en el que decidió trasladarse al RAIS, la normatividad vigente era el texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual permite evidenciar que la demandante no tenía ningún tipo de limitación para retornar al RPM 3 años después de realizada su vinculación con el RAIS, sin embargo, decidió permanecer en esta forma libre y voluntaria. Aduce que la motivación para retornar al RPM se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente



para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensiones, en el RPM los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al RAIS en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados en su respectiva cuenta individual. Sostiene 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 la demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, de tal 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 de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos; de suerte que no tiene ningún sentido, y 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.

A su turno, la apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, manifestó que no fue tenido en cuenta en primera instancia que la señora demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues en principio se tiene que la fecha de



nacimiento de la demandante es el 30 de julio de 1965 por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 28 años y 309 semanas de cotización, es decir, no contaba con 15 años de servicios o las 750 semanas, por lo que claramente no contaba con una expectativa legítima de pensionarse conforme a las condiciones del RPM e igualmente, no es posible que sea beneficiaria de la Sentencia de SU 062 de 2010. Indica que no se acreditó de alguna manera el vicio del consentimiento alegado por la demandante, pues el traslado efectuado con la AFP PORVENIR S.A. el 31 de julio de 1995 se efectuó de manera libre y voluntaria y tampoco existe prueba sumaria que permita verificar la concurrencia del error, la fuerza o el dolo. Finalmente, aduce que la demandante efectuó reclamación administrativa el 29 de julio de 2019, por lo que para aquella data contaba con más de 53 años, de suerte que le faltaban menos de 10 años de adquirir el estatus de pensión, lo cual impide el traslado de régimen pensional.

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 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 ALBA AUDIVE RUEDA GÓMEZ 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 de la demandante (fl. 24); formulario de afiliación ante la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 37 y 125); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 38 a 45 y 129 a 144); simulación pensional (fls. 46 a 48); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 49 a 52 y 99 a 102); derecho de petición formulado ante la AFP Porvenir y su respuesta (fls. 53 a 55, 58 a 60 y 157 a 161); formulario de afiliación a Colpensiones y su respuesta (fls. 56 a 57); certificado de afiliación expedido por Colpensiones (fl. 93); expediente administrativo (Cd. a folio 98); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 127 a 128); comunicados de prensa (fls. 162 a 164); certificado de afiliación emitido por la AFP Porvenir (fl. 126); historia



laboral para bono pensional (fls. 145 a 149) e interrogatorio de parte de la demandante y de la representante legal de la AFP Porvenir (Cd. a folio 279).

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de junio de 1984 hasta el 31 de julio de 1995, tal como se advierte de la historia laboral que milita a folio 99 del diligenciamiento, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 31 de julio de 1995 (fl. 37), 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 126 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 Horizonte hoy 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. 37).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *«(..) en ese entonces era secretaria del Banco Superior, recibimos un comunicado de recursos humanos que íbamos a recibir la visita de unos asesores de Horizonte*



en su entonces, dispusieron algunas salas, nos reunían más o menos a 10 personas, ahí estaban algunos asesores quienes nos presentaron, pues nos hicieron una presentación del tema donde incluían inicialmente una situación que estaba pasando el Seguro Social y que era muy evidente su quiebra y que pudiéramos estar en riesgo de no pensionarnos, y que entonces por eso el gobierno o las instancias habían aprobado este modelo y que este modelo nos iba a brindar más cuidado o como más estabilidad y que teníamos unas condiciones mejores en este modelo que era que íbamos a tener una pensión más alta, que nos podíamos retirar cuando quisiéramos porque tenía una posibilidad de manejar ese dinero de una manera diferente y que eso nos podía pues dar como mejores posibilidades de retirarnos inclusive y nos devolvían el dinero si lo necesitábamos. Entonces, nos presentaron como esa situación que estaba presentando el Seguro Social y nos presentaron pues como las buenas condiciones que tenía este nuevo y reciente régimen, pues ahí en sala estaban los asesores y pues diligenciamos un formulario con datos básicos y yo lo firmé» (Cd. a folio 279).

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

Por manera que, Horizonte hoy Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías 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 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de



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

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 el sentenciador 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 no resulta lógica, en la medida que también se está ordenando el retorno de los rendimientos financieros, que son producto de la gestión de la sociedad y que sustentan el cobro de los gastos de administración.



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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, 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 Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 21 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ALBA AUDIVE RUEDA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el A quo. 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 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 ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GLORIA DEL SOCORRO VALENCIA JARAMILLO** 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 junio 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 **Michael Cortázar Camelo** 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. 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»



cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 de Bogotá y tarjeta profesional 289.256 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Dannia Vanessa Yusselky Navarro Rosas.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **GLORIA DEL SOCORRO VALENCIA JARAMILLO** a través de apoderado judicial, pretende se condene a Colpensiones a reconocerle el 100% de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Jesús Adelfo Calle Mesa, desde el 29 de junio de 2003, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, costas y agencias en derecho (fl.55).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 55 a 56 del informativo, en los que en síntesis advierte que, el señor Jesús Adelfo Calle Mesa falleció el 29 de junio de 2003; que convivió con el causante de manera continua, permanente y pública desde el 1º de enero de 1989; que el 13 de noviembre de 2012, solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada mediante acto administrativo del 25 de enero de 2013; que formuló los respectivos recursos, sin que sobre ellos se emitiera pronunciamiento alguno. Añade que elevó nuevamente solicitud de reconocimiento pensional junto con petición de corrección de historia laboral, en la que se involucró a los empleadores Saúl Piedrahita Fernández & CIA y Gustavo Jaramillo & CIA Ltda. Que mediante Resolución GNR 283237 del 2 de septiembre de 2016, le fue nuevamente negada la pensión de sobrevivientes, decisión que se



ratificó en los actos que desataron los recursos interpuestos. Indica que dependió económicamente del causante desde el 1° de enero de 1989 hasta la fecha del deceso.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, la demandante no acredita los requisitos esenciales de la norma para acceder a lo pretendido. **Excepciones:** Formuló las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 66 a 70).

A su turno, el vinculado en calidad de *litis consorcio* necesario **SAUL PIEDRAHITA FERNÁNDEZ Y CIA S.A.S.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para el efecto que, la acción ejercida en la demanda se contrae al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, cuya responsabilidad recae sobre la demandada Colpensiones. Acota que el causante prestó servicios en la Hacienda Santa Ana que era de propiedad de la sociedad Gustavo Jaramillo y CIA S.C.S. y Saúl Piedrahita Fernández y CIA S. en C., entre el 1 de octubre de 1996 hasta el mes de diciembre del año 2000, motivo por el cual se efectuaron los respectivos aportes pensionales hasta el 1° de enero de 2001. **Excepciones:** Formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada frente a la sociedad demandada, buena fe, prescripción y la genérica. (fls. 106 a 118).

Mediante auto del 9 de marzo de 2020 el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte del vinculado en calidad de



litis consorcio necesario **GUSTAVO JARAMILLO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN** (fl. 171).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de abril de 2021, resolvió **absolver** a las llamadas a conformar el *Litis consorcio* necesario, GUSTAVO JARAMILLO Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN y SAÚL PIEDRAHITA FERNÁNDEZ Y CIA S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a favor de la parte actora a la pensión de sobrevivientes, en el equivalente de un (1) SMLMV para cada anualidad, pensión que deberá ser reconocida desde el 11 de julio del año 2013 y en adelante, con todos los incrementos legales que tenga el SMLMV; **declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de julio de 2013; absolver a la convocada de las demás pretensiones formuladas en la demanda y **condenar** en costas a la encartada. (Cd. a folio 172).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que la vinculación del causante con la llamada a integrar el contradictorio, estuvo vigente hasta el 1° de enero del año 2001, amén que durante la vigencia del nexo contractual se realizaron los pagos de los aportes del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, de suerte que deben absolverse a las llamadas a juicio GUSTAVO JARAMILLO Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN y SAÚL PIEDRAHITA FERNÁNDEZ Y CIA S.A.S. de todas las pretensiones. En cuanto al derecho pensional que le asiste a la parte actora, indicó que al caso particular no resulta dable dar aplicación a la Ley 797 de 2003, dado que conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, tal norma cobró vigor en el mes de enero de 2006, de suerte que es la Ley 100 de 1993, la llamada a



diluir la cuestión objeto de debate, precisando que los requisitos allí consagrados no se reunieron por parte del causante, en tanto su última cotización data del mes de enero de 2001, y su fallecimiento lo fue en el mes de julio de 2003. No así, en cuanto al Acuerdo 049 de 1990, al cual se recurre por vía del principio de la condición más beneficiosa, dado que el afiliado fallecido logró aportar más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a deceso, en específico 172,2, por manera que debe reconocerse la prestación reclamada a favor de la demandante, máxime que según la prueba testimonial, convivió con el *de cujus* desde el año 1990 y hasta la fecha de la muerte. Concluye afirmando que se encuentra probada la excepción de prescripción en la medida que la reclamación se formuló el 11 de julio de 2016 y, negó los intereses moratorios porque la decisión encuentra su sustento única y exclusivamente en el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante **GLORIA DEL SOCORRO VALENCIA JARAMILLO**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que la pensión de sobrevivientes fue solicitada ante la encartada el 13 de noviembre de 2012, la cual fue rechazada en decisión del 25 de enero de 2013, por manera que se interpuso el respectivo recurso de apelación, siendo este desatado por la entidad el 8 de abril de 2016, mediante decisión que también requirió la entrega de unos documentos, mismos que fueron allegados en dicha data, para luego reiterar la convocada la negativa de la pensión de sobrevivientes. Concluyendo que por virtud de la prescripción, la prestación debe ser reconocida desde el 13 de noviembre de 2009. Finalmente, menciona que el valor de \$1.500.000 impuesto a título de costas del proceso está llamado a ser revocado.



A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación, exponiendo como motivos de disidencia que, conforme a la sentencia SL4650-2017, el principio de la condición más beneficiosa, no implica la búsqueda histórica de la normatividad que favorezca las pretensiones de la parte demandante, sino aquella inmediatamente anterior a la que resultaba aplicable al caso, que para el *sub judice* corresponde a la Ley 100 de 1993 en su redacción original. Añade que en la citada decisión, la Corte Suprema de Justicia estableció que en aquellos caos en los cuales el causante no estuviere cotizando a la fecha del fallecimiento, como aquí ocurre, se debe acreditar 26 semanas de cotización durante el tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003, condición que no acredita el señor Jesús Adelfo Calle (q.e.p.d.), dado que su último aporte data del mes de enero de 2001. Así las cosas, refiere que la situación de la demandante no está llamada a ser dilucidada a la luz del principio de la condición más beneficiosa, agregando que la prestación debe gobernarse necesariamente bajo los postulados de la Ley 797 de 2003, cuyos requisitos tampoco acreditó el causante. Resalta que en todo caso, no es procedente dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, dado que el señor Calle Mesa se afilió al ISS cuando tal normativa ya no se encontraba vigente, pues su fecha de vinculación lo fue el 1° de octubre de 1996, siendo claro que no efectuó ninguna cotización mientras la citada norma estuvo vigente. Menciona que en la sentencia SL1730 del año 2020, a la que hizo referencia el Juzgado de Conocimiento, la CSJ modificó su criterio sobre el requisito de convivencia que se exige a algunos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de un afiliado fallecido, de suerte que no resulta aplicable al presente caso.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal reitera que la prestación de sobrevivientes debe ser reconocida desde el 13 de noviembre de 2009, dado que conforme a las pruebas allegadas con el *libelo genitor*, es posible constatar que la correspondiente reclamación se formuló el 13 de noviembre de 2012, la cual la entidad demandada procedió a resolver de manera desfavorable, y es por ello que, contra tal decisión se interpuso el recurso de apelación, que fue desatado hasta el 8 de abril de 2016, momento en el cual Colpensiones le requirió allegar unos documentos que en efecto le fueron entregados en la data en mención.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia que, el causante no acreditó las condiciones definidas en el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4650-2017, dado que al 29 de enero de 2003, el señor JESÚS ADELFO CALLE MESA (Q.E.P.D.) no se encontraba cotizando al Sistema General de Pensiones; amén que entre el 29 de enero del 2002 y el 29 de enero del 2003, no tenía cotización semana alguna, pues su último aporte data de enero del 2001, exigencias que debió cumplir por cuanto su fallecimiento aconteció el 29 de junio del 2003. Por tanto, manifiesta que no resulta procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, en razón a que no contaba con una expectativa legítima y por lo tanto, la prestación pensional solicitada por la señora Gloria del Socorro Valencia Jaramillo debe regirse de manera íntegra por la Ley 797 del 2003 modificatoria de la Ley 100 de 1993, cuyas exigencias tampoco se constatan en el presente



caso. Señala que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia el principio de la condición más beneficiosa procede únicamente frente a la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del deceso, por lo que resulta claro que erró el Juez al condenar a la entidad a reconocer la pensión de sobrevivientes reclamada a la luz del Acuerdo 049 de 1990, norma que en todo caso ya no se encontraba vigente a la fecha de vinculación del afiliado fallecido al ISS, la cual tuvo lugar el 1° de octubre de 1996. Concluye advirtiéndole que la demandante no demuestra la condición de beneficiaria, en tanto no acreditó el requisito mínimo de convivencia en los términos de la sentencia SL13399 del 2018.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 17 del informativo.

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, los recursos de alzada, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se



permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990.

De resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si por virtud de la prescripción, la prestación debe pagarse desde el 3 de noviembre de 2009 y si debe revocarse la condena en costas impuesta contra Colpensiones.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial registro civil de defunción (fl. 5); copia de la cédula de ciudadanía del causante (fl. 6); declaraciones extra juicio (fls. 7 a 9); registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 10); documento de identidad de la actora (fl. 11); certificado de no pensión de la demandante (fl. 12); derechos de petición y sus respuestas (fls. 13 a 28); formularios de solicitud de corrección de historia laboral (fls. 29 a 31 y 35); formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones (fls. 32 a 34); respuesta solicitud de corrección historia laboral (fl. 36); Resoluciones GNR 283237 de 26 de septiembre de 2016 y GNR 374640 del 7 de diciembre de similar año (fls. 37 a 41 y 47 a 54); recurso de reposición y en subsidio apelación (fls. 42 a 43); historia laboral del causante expedida por Colpensiones (fls. 44 a 46); copia certificados de autoliquidación de aportes (fls. 119, 145 a 147 y 155); certificados de tradición (fls. 120 a 131); escritura pública partición finca Santa Ana (fls. 148 a 149); liquidación prestaciones sociales de la demandante (fl. 154); contrato de trabajo (fl. 156); liquidación empresa de hecho denominada Hacienda Santa Ana (fls. 157 a 158); partida de matrimonio (fl. 164); expediente administrativo (Cd. a folio 65); interrogatorios de parte rendido por la demandante, la



representante legal de la empresa SAÚL PIEDRAHITA FERNÁNDEZ Y CIA S.A.S. y declaraciones rendidas por Luz Mary Duque, John Jairo Cuartas Moreno y José Eladio Cortés; probanzas de las cuales se colige, que JESÚS ADELFO CALLE MESA falleció el 29 de junio de 2003, folio 5; quien se encontraba afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones a cargo de Colpensiones, como así se reconoce en las Resoluciones GNR 283237 del 26 de septiembre de 2016 y GNR 374640 del 7 de diciembre de simil año (fls. 37 a 41 y 47 a 54); igualmente, se constata que la señora Gloria del Socorro Valencia Jaramillo nació el 19 de noviembre de 1961, motivo por el cual a la fecha cuenta con 59 años de edad (folio 10); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

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

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 29 de junio de 2003, como da cuenta el Registro Civil de Defunción



obstante a folio 5, motivo por el cual, contrario a lo definido por el Juzgado, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dado que conforme a su artículo 24, tal norma rige a partir de su publicación, la cual tuvo lugar el **29 de enero de 2003**, según Diario Oficial No. 45.079 de la referida fecha. Por tanto, debe darse aplicación, a su artículo 12, que a la letra estipula:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 quedará así:

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

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

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.

Al constatar dentro del proceso si el *de cujus* acreditó el número de semanas para dejar causada la protección de los sobrevivientes, por el riesgo por muerte, se tiene que según las semanas reconocidas por Colpensiones en las Resoluciones GNR 283237 del 26 de septiembre de 2016 y GNR 374640 del 7 de diciembre de similar año (fls. 37 a 41 y 47 a 54) y sobre las cuales no media discusión en esta instancia, el señor CALLE MESA cotizó un total de **218 entre el 1° de octubre de 1996 y el 1° de enero de 2001**, de las cuales fueron cotizadas **26 semanas** dentro de los 3 años anteriores a la fecha de deceso (29 de junio de 2003 a 29 de junio de 2000).

Pese a ello, si bien no se dan los presupuestos para acceder a la pensión bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, lo cierto es que en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, la Sala procede a estudiar la prestación de conformidad con el artículo 46 de



la Ley 100 de 1993, como así lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL2338-2021, Magistrado Ponente JORGE LUIS QUIRÓZ ALEMÁN, donde se indicó:

«Para la Sala el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno, toda vez que, como lo advirtió el colegiado y se mencionó en las consideraciones del cargo anterior, cuando el afiliado fallecido no cuenta con los requisitos previstos en la norma vigente en la fecha de la muerte, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es posible dar aplicación a la normatividad inmediatamente anterior, siempre que el causante cumpliera los requisitos de la misma en el tiempo en que surtió efectos y, adicionalmente, en tiempo anterior a la muerte, según las reglas de aplicación que han sido desarrolladas por la jurisprudencia.

Desde la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674, citada por el Tribunal, se dejó sentado por esta Corporación que la posibilidad de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y las Leyes 797 y 860 de 2003, era posible siempre que en la fecha de la muerte y en la de entrada en vigencia de la nueva norma se cumplieran los requisitos de la disposición anterior.

Ese criterio fue reiterado en múltiples decisiones, luego precisado y limitado por esta Corporación, para el caso de la pensión de sobrevivientes, en la sentencia CSJ SL4650-2017, en la que se señaló:

3. Recapitulación

Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez (sic) [sobrevivientes], en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

d) Que al momento de la (sic) fallecimiento estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.



d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.

El citado criterio de temporalidad encuentra justificación en que la finalidad con la que se da aplicación al principio de la condición más beneficiosa, para determinar la causación de pensiones de sobrevivientes y de invalidez, es aminorar los efectos negativos y abruptos de un tránsito legislativo, cuando no se prevén regímenes de transición que cumplan con tal fin, respecto a quienes tienen una situación jurídica concreta que constituye una expectativa legítima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de causación de la prestación, en caso de ocurrencia del respectivo siniestro, bien sea la muerte o el estado de invalidez del afiliado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la implementación de nuevos requisitos ocurre intempestivamente, siendo incuestionable la necesidad de permitirle al afiliado un periodo en el que pueda ajustar su expectativa a la nueva normativa, lapso que no puede ni debe ser indefinido, por cuanto, como mecanismo de transición, por su naturaleza es temporal, sin que pueda constituir una barrera a la potestad de configuración normativa del legislador en materia de seguridad social, la que permite lograr el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho y de los principios del Sistema de Seguridad Social Integral.

Acertadamente advirtió el Tribunal que, como en el año inmediatamente anterior al tránsito normativo (29 de enero de 2003) el afiliado fallecido no contaba con las 26 semanas de cotización exigidas en el primigenio art. 46 de la Ley 100 de 1993, ni se encontraba cotizando, ni había efectuado aportes durante su vigencia, no había lugar a dar aplicación en este asunto al principio de la condición más beneficiosa y, en consecuencia, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para sus causahabientes, en tanto no contaba tampoco con la densidad de cotizaciones previstas en el art. 12 de la Ley 797 de 2003, en cuya vigencia se verificó su afiliación y pago de aportes al sistema pensional, ni con una expectativa legítima de causación de la prestación, con anterioridad a esa disposición, pues recuérdese que inició cotizaciones en enero de 2008, contando con un total de 49 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 44 fueron cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la muerte, según se estableció en las instancias» (Resalta la Sala).

Bajo el abrigo de tales disquisiciones se tiene que conforme al artículo 46 de la ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de sobrevivientes en tratándose de un afiliado que fallece sin estar cotizando a la fecha del deceso, ni a la fecha en que se dio el tránsito legislativo (29 de enero de 2003), como es el caso del causante, dado que su última cotización se efectuó en enero de 2001, se deben reunir los siguientes requisitos: i) que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006; ii) que el afiliado haya cotizado por lo menos 26 semanas en el año que antecede al tránsito legislativo, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002 y iii) que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

Condiciones que no se demuestran en el presente caso, pues pese a que Jesús Adelfo Calle Mesa falleció el **29 de junio de 2003**, no cotizó 26 semanas en el año anterior a su deceso, esto es, entre el **29 de junio de 2003 y el 29 de junio de 2002**, como tampoco en el año anterior



al tránsito legislativo, esto es, entre el **29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2002**, pues en tales interregnos reporta **0 semanas**, dado que, se *itera*, su última cotización se realizó en enero de 2001.

Finalmente, es preciso indicar que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, no es dable entrar a analizar el derecho pensional según lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en tanto, el referido principio no permite entrar a realizar un estudio histórico a efectos de escoger dentro de todas las normas expedidas hasta entonces, aquella que resulte más favorable al trabajador. Como bien lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, como son la sentencia SL-3481 de 2017, en la cual se indicó:

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

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

Con todo, debe decirse que tal y como lo resalta Colpensiones, el causante se afilió por primera vez al ISS el 1° de octubre de 1996 (fl. 38), de suerte que no consolidó ninguna expectativa legítima de



pensionarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, al no realizar ningún aporte en vigencia de tal normatividad.

Por lo anterior, como quiera que no se dan los presupuestos liminares para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivencia, es por lo que habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra, decisión que releva a la Sala de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el A-quo, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandante, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 21 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GLORIA DEL SOCORRO VALENCIA JARAMILLO** contra la **AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada y a las vinculadas en condición de *Litis consorcios* necesarios, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el A-quo, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandante, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

(Aclara voto)

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HERNANDO ROA RUEDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **HERNANDO ROA RUEDA** solicita se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague el incremento pensional por su cónyuge, Clementina Monroy de Roa; que debe reconocerse este beneficio a partir del 1 de septiembre de 2005 y mensuales, con su respectiva indexación; que se incluya en nómina de pensionados y se ordene el pago de costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 00278 del 20 de septiembre de 2005; que la prestación fue reconocida conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición; Colpensiones no ha reconocido el incremento pensional por su cónyuge a cargo; que contrajo nupcias con la señora Monroy de Roa el 5 de septiembre de 1964; que su cónyuge depende económicamente del actor, no recibe pensión y tampoco recibe pensión; que el 14 de noviembre de 2017 solicitó la reliquidación pensional; la entidad resolvió en forma desfavorable la solicitud incoada; que fue presentado recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la determinación de la entidad y desatados en forma desfavorable también.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la Ley 100 de 1993 no hizo ningún pronunciamiento frente a los incrementos pensionales. Como **excepciones** propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, pago, innominada o genérica (fl. 53).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 23 de abril de 2021, resolvió; **absolver** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas por el demandante, **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; se **abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... Esa derogatoria a la manera de derogatoria tácita orgánica, manifestó la Corte Constitucional y que teniendo en cuenta que el régimen de transición, si bien hace que la norma anterior sea ultractiva en su aplicación como lo es el Acuerdo 049 de 1990, pues esto solo se permite para los aspectos de la edad para acceder al derecho, el número de semanas de cotización necesarias y el monto de la pensión, más no para otras prerrogativas.

Esto además que la misma norma, artículo 22 hace claridad de que estos incrementos no hacen parte de la mesada pensional, es decir, no es un derecho que integre el derecho pensional mismo, sino que es accesorio pues básicamente por esas razones y conforme al régimen de transición no es aplicable el artículo 21 mencionado. En ese sentido entonces, habrá de negarse estas pretensiones que hacen referencia al incremento pensional del 14% a que hemos hecho referencia y pues son las razones por las cuales ha de negarse las pretensiones y se debe acoger la excepción que fue propuesta de inexistencia del derecho y de la obligación...” (29:13)

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpuso recurso de apelación al considerar que la sentencia SU 140, ha dejado fuera del ámbito jurídico los incrementos pensionales, sin embargo, esta no tendría efectos retroactivos y la reclamación fue efectuada en el año 2016, por lo que, no es aplicable esta sentencia, al haberse expedido en el año 2019; que tampoco operó el fenómeno prescriptivo, dado que la misma



debe aplicarse frente a las mesadas y no frente al derecho prestacional (32:26).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 la parte demandante guardó silencio y la demandada manifestó, en síntesis:

Colpensiones señaló que, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales ya que se mantuvieron las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior; con auto del 23 de mayo de 2018 se comunicó la declaratoria de nulidad de la sentencia SU de 2017, estableciendo un sistema general de pensiones con los mismos requisitos y beneficios prestacionales para todas las personas.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 14 la petición radicada por la demandante en las dependencias de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitando el reconocimiento y pago del incremento pensional el 14 de noviembre de 2017.



PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T, procede esta Sala de Decisión a determinar si el incremento pensional del 14% contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 se encuentra vigente y en caso afirmativo, establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de tal beneficio prestacional.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE A CARGO

Previo a resolver, 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, o por los hijos inválidos no pensionados a cualquier edad, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.



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

DE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES

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

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

[..]

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



objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. CONCLUSIONES

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

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

De acuerdo al planteamiento jurisprudencial de los incrementos pensionales por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, dicha preceptiva legal fue derogada orgánicamente a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

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



mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

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

De esta manera, si bien la Ley 100 de 1993, no dispuso una derogatoria expresa de dicha dación legal, lo cierto es que al haberse efectuado una regulación integral en materia de seguridad social, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una derogatoria tácita, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como derogatoria orgánica, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los regímenes de transición normativa.

Frente al tema de los derechos adquiridos, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del artículo 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los



presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

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

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

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



claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

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

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, existe una derogatoria tácita en estricto sentido, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

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

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuentan con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del principio de



favorabilidad, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del principio de *in dubio pro operario*, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

CASO CONCRETO

En el sub examine, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Hernando Roa Rueda, a quien se le reconoció una pensión de vejez, a partir del 1 de octubre de 2001, mediante la Resolución No 00278 del 20 de septiembre de 2005, donde se resolvió recurso de reposición (fl. 10) y en el que se reconoció la prestación en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, el demandante no cuenta con un derecho adquirido, ya que el derecho fue reconocido a la luz de la Ley 100 de 1993, por lo que, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

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

COSTAS. Sin costas en esta instancia al considerar que las mismas no se encuentran causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el día 23 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **HERNANDO ROA RUEDA** contra la



ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pero con arreglo a los argumentos enunciados en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS ENRIQUE GONZÁLEZ RAMÍREZ** contra el **COLEGIO NUEVO SAN LUIS GONZAGA S.A.S, AGUSTÍN NICOLÁS RIVERO TOBAR Y CONSUELO EMPERATRIZ TOBAR CALDERÓN** (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 junio del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **LUIS ENRIQUE GONZALEZ RAMÍREZ** solicita se declare la existencia de un contrato laboral entre el 16 de enero de 1983 al 20 de marzo de 1985; que el Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S. debe responder por los pagos a seguridad social; que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones debe responder solidariamente por todos los pagos a seguridad social que no se efectuaron por el Colegio; que se declare que el señor Rivero Tobar Agustín Nicolás y Tobar Calderón Consuelo Emperatriz deben responder solidariamente por las acreencias adeudadas por el Colegio Nuevo San Luis y él.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, reclama se condene a Colpensiones, al Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S, a los señores Rivero Tobar Agustín Nicolás y Tobar Calderón Consuelo Emperatriz deben realizar el pago de aportes en pensión generados entre el 18 de enero de 1983 y el 20 de marzo de 1985; que se paguen los intereses moratorios contemplados en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, se vinculó a trabajar en el Colegio Nuevo San Luis Gonzaga el 18 de enero de 1983; que el vínculo se mantuvo hasta el 20 de marzo de 1985; que el cargo desempeñado fue el de “*encargado de la cooperativa*”; que se encargaba de suministrar alimentos a los estudiantes; que prestó sus servicios en forma personal, cumpliendo un horario; que la remuneración era de un salario mínimo legal vigente; que recibía órdenes de los directivos del Colegio; que Agustín Nicolás Rivero Tobar y Consuelo Emperatriz Tobar Calderón son socios del Colegio Nuevo



San Luis; que le era descontado por nómina los aportes a seguridad social; que se encontraba afiliado a la EPS Famisanar; que no le fueron pagados aportes al sistema de salud, pensión desde el 18 de enero de 1983 al 20 de marzo de 1985; que no fueron realizados aportes a Colpensiones a pesar de encontrarse afiliado; que Colpensiones no efectuó el cobro de los enunciados aportes; que el 20 de mayo de 2016 presentó petición ante el Colegio Nuevo San Luis Gonzaga solicitando el pago de los aportes; que la respuesta a la solicitud fue contestada informando que la institución no existía; que actualmente se encuentra afiliado al RAIS – administrado por Colfondos.

CONTESTACIÓN: El demandado, **COLEGIO NUEVO SNA LUIS GONZAGA S.A.S**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que no se encontraba respaldo en la realidad de los hechos y el actuar de mala fe del demandante reclamando acreencias laborales que no le corresponden. Como **excepciones** propuso las de, la no realización de sustitución patronal; se pretende hacer valer como prueba una certificación firmada por una persona que no era trabajador del Colegio (fl. 91 a 94).

CONSUELO EMPERATRIZ TOBAR CALDERÓN, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que no se encontraba respaldo en la realidad de los hechos y el actuar de mala fe del demandante reclamando acreencias laborales que no le corresponden. Como **excepciones** propuso las de, la no realización de sustitución patronal; se pretende hacer valer como prueba una certificación firmada por una persona que no era trabajador del Colegio (fl. 116).

AGUSTÍN NICOLÁS RIVERO TOBAR, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que no se encontraba



respaldo en la realidad de los hechos y el actuar de mala fe del demandante reclamando acreencias laborales que no le corresponden. Como **excepciones** propuso las de, la no realización de sustitución patronal; se pretende hacer valer como prueba una certificación firmada por una persona que no era trabajador del Colegio (fl. 129).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 6 de abril de 2021, resolvió; **declaró** de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva; **absolvió** a los demandados de la prosperidad de las pretensiones incoadas; **condenó** en costas al demandante; **consultar** la decisión.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... Pues el asunto objeto de debate consiste en el pago de aportes a la seguridad social, sin que se tenga certeza de si con los aportes reclamados se configura un derecho pensional, menos aún dicha responsabilidad en cabeza de la sociedad aquí demandada. De otro lado, pues también cabe resaltar que no se aportó tampoco, ningún tipo de licencia de funcionamiento de la entidad de la entidad de educación formal, de naturaleza privada, Colegio Nuevo San Luis Gonzaga, en aras de determinar en cabeza de quien recaería la propiedad, Colegio o situaciones acaecidas que le permiten a esta Juzgadora tener mayores elementos de convicción para desentrañar una posible irregularidad, que conlleva a la declaratoria de un contrato de trabajo, en prevalencia del principio de la realidad material sobre las formalidades.

Bajo este entendido no puede este despacho declarar el contrato, con el Colegio San Luis Gonzaga pues no existe ninguna relación jurídica entre la sociedad encartada y el demandante o la demostración que permita concluir que estuvieron atados por alguna clase de vínculo, es así, en ese sentido, pues tampoco resultaría entonces, inane estudiar si el señor Teodoro Rivero Prado, persona que suscribe la certificación del colegio San Luis mixto, según trabajo en misión, por no guardar relación entonces, con la sociedad que se demanda, pues se insiste se suscribe certificación a nombre de una sociedad demandada con nit diferente a la convocada en el proceso, tal como se ha expuesto a lo largo de esta decisión.



Por las razones, no podría esta juzgadora entrar a estudiar las pretensiones siguientes a la responsabilidad, de que le asiste demandada, al colegio demandado, a la sociedad demandada, en el pago de aportes a seguridad social, en tanto el extremo pasivo, no está legitimado para responder por estas pretensiones y en ese sentido no queda otro camino que declarar de oficio, la excepción de falta de legitimación por pasiva y en consecuencia absolver al Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S., y solidariamente a Agustín y Consuelo Emperatriz de todas las pretensiones incoadas en su contra...” (20:13)

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpuso recurso de apelación al considerar que en los interrogatorios de parte, se logró determinar que si se presentó una relación laboral, de igual manera con el documento aportado con la demanda; la sociedad sufrió un cambio estructural en la Cámara de Comercio, eso no determina la existencia del contrato laboral, el señor Teodoro es padre del señor Nicolás, al cual se está demandando y el compañero permanente de la señora Beatriz, que no se dio valor probatorio al documento aportado, con sellos originales del Colegio y membrete de quien en su momento era el administrador de la institución educativa.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La **apoderada de la parte actora**, indicó que con la certificación aportada se podían establecer los extremos temporales en los cuales el Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S., había prestado sus servicios entre el 18 de enero de 1983 al 20 de marzo de 1985; que el documento no fue tachado de acuerdo a los lineamientos del estatuto procesal y por ello, tiene validez el mismo; que el demandado tiene a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión del ex trabajador; que



en el artículo 69 del C.S. del T. establece la responsabilidad de los empleadores cuando existió sustitución patronal y por ello, el actual empleador debe responder por las obligaciones; que se vulneran los derechos fundamentales del demandante, al no pagarse los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y por ello, solicita se revoque el fallo proferido y se acceda a la totalidad de las pretensiones.

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

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por el accionante en los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 16 de enero de 1983 y el 20 de marzo de 1985.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si es procedente ordenar el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.



RELACIÓN LABORAL

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

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

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado en el expediente digital, dentro del cual aparece: demanda de tutela (fl. 11); derecho de petición del 2016 (fl. 14); certificación laboral (fl. 15); repuesta de derecho de petición (fl. 16); respuesta de petición (fl. 17); certificado de consulta empresarial (fl. 18); carta dirigida a la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 20); fallo de tutela del Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá (fl. 66); certificado de existencia y representación legal del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S. (fl. 98). Del mismo



modo fueron escuchados los interrogatorios de parte a los extremos demandados de la *litis*.

De esta manera, a fin de esclarecer el vínculo contractual que ató a las partes, se tiene que a folio 15 del expediente, reposa certificación emitida y suscrita por el señor Teodoro Rivero De Prado, de la que se desprende que «*LUIS ENRIQUE GONZALES RAMÍREZ identificado con cédula de ciudadanía # 79.234.634 de suba, laboro para el COLEGIO NUEVO SAN LUIS GONZABA MIXTO desde el día 17 de Enero de 1983 a 20 de Marzo de 1985...*».

Ahora bien, el suscriptor de la enunciada certificación conforme a las declaraciones rendidas por los demandados, falleció en el año de 1985.

El señor, José Did Cruz Guarín en calidad de representante legal del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga Mixto informó que “*Desde 1974 hasta la fecha soy rector de la institución*”; que el señor Teodoro fue rector para los años, “*71 al 74 después pasó a ser empleado junto con los demás sacerdotes en la administración de la institución*”.

Respecto a la institución educativa informó que, “*...en ningún momento expedí esa constancia yo, porque el señor no fue empleado mío, no fue empleado del colegio, yo lo vine a conocer hace 5 o 6 años atrás, que me trajo él como una referencia que había firmado Teodoro Prado, que era un empleado de la institución*”; en cuanto a la expedición de la certificación laboral suscrita por el señor Teodoro Rivero de Prado informó que “*Yo creo que del archivo de él, cuando fue rector, porque era un membrete antiguo, que fue lo primero que le dije al señor González, que lo desconocía, era un membrete anquilosado, yo había cambiado los membretes para esta fecha, seguramente Teodoro le dio una constancia, una referencia, que le dio al señor González*”.

Respecto a sí conocía al demandante, el representante legal de la institución informó que “*...yo no conocía, probablemente sí fue ayudante en la*



cafetería, pero esta era independiente del colegio, al señor González, nunca le expedí ninguna constancia, en mi calidad de empleador, nunca, el señor me presentó esa constancia firmada por Teodoro con un membrete antiguo San Luis Gonzaga, no del Colegio Nuevo Colegio San Luis Gonzaga”

A su turno, Consuelo Emperatriz Tobar Calderón, esposa del señor Teodoro Rivero de Prado, informó que este no fue representante legal ni tampoco administrador de la institución; que lo conoció en “*el año 83, yo me casé con él en diciembre del 83 y él tenía la cafetería, tenía la cafetería del colegio*”; que era docente de literatura en el Colegio; que él no era el dueño del Colegio y tampoco el representante legal para el año de 1983.

DE LA CERTIFICACIÓN LABORAL

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar que a folio 15 del haz probatorio fue allegada certificación laboral, en la que se indica en el membrete el nombre del emisor “*Colegio Nuevo San Luis Gonzaga Mixto*” identificado con Nit No. 60.034.684 y suscrito por el señor “*Teodoro Rivero de Prado*”, en el contenido se indica.

“A QUIEN CORRESPONDA.

Por medio de la presente certifico que LUIS ENRIQUE GONZALES RAMIREZ identificado con cedula de ciudadanía # 79.234.634 de suba, laboro para el COLEGIO NUEVO SAN LUIS GONZABA MIXTO desde el día 18 de Enero de 1983 a 20 de Marzo de 1985”

En cuanto a la autenticidad y valor probatorio de los documentos, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 6557 de 2016 enseñó que «... considera la Sala que la firma no es la única forma de verificación de autenticidad de un documento, pues existen otros medios o signos que permiten establecer de manera segura la identidad de su creador o imputarle a la entidad su autoría, tales como marcas, improntas, sellos y todos los demás que sean apropiados para tal fin, a lo que



se suma que la misma conducta procesal asumida por la parte de la demandada, puede servir como medio adecuado de atribución de autoría de un documento, cuando, por ejemplo, es ella quien lo allega, en el evento de que reconoce su contenido en forma expresa o implícita o construye su alegato defensivo, teniendo en cuenta ese documento carente de suscripción, de modo que pudiera predicarse una comunidad de prueba».

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae, que se tendrá como documento autentico aquel del que se extrae con certeza, la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista convicción de la persona a quien se le atribuya el documento, lo que implica, que el simple hecho de no plasmar la rúbrica en el cuerpo del manuscrito, no le resta autenticidad al mismo, pues existen otros medios de convicción que pueden llevar a esclarecer de manera segura la identidad del creador, tales como marcas, improntas, sellos y todos los demás que sean apropiados para tal fin, o que en el devenir del proceso se reconozca la autoría de forma expresa o tácita, esta última cuando no se tacha de falso o se desconoce su autenticidad por parte del extremo al que se le imputa la creación.

Al descender al sub examine, encontramos que la certificación, data del 28 de marzo de 1985, informando sobre la prestación de servicio efectuada por González Ramírez al Colegio Nuevo San Luis Gonzaga Mixto; sin embargo, el enunciado documento fue desconocido por los demandados a la hora de contestar la demanda y en tal sentido, propusieron la excepción de mérito o de fondo, respecto a la valoración de la prueba, expedida por una persona que *“en ningún momento ha sido trabajador, directivo o representante legal del COLEGIO NUEVO SAN LUIS GONZAGA S.A.S.”*.

Situación que es ratificada en los interrogatorios de parte rendidos por el representante legal del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S., y por la señora Consuelo Emperatriz Tobar Calderón, quienes al unísono



indican que el señor Rivero laboró para el colegio pero como docente y que para dicha época no era el rector ni representante legal de esa institución.

En el sub examine, el enunciado documento tiene varias particularidades, la primera de ellas, es que, es expedido con membrete del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga Mixto y suscritas por el señor Teodoro Rivero de Prado, sin embargo, no se indica el cargo desempeñado por el señor Rivero la institución educativa y este falleció en el año de 1985, de acuerdo a las declaraciones de los demandados.

Respecto a la papelería utilizada para expedir la correspondiente certificación, debe indicarse que se indica en el membrete el nombre del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga Mixto, identificado con Nit 60034684, quien conforme a la certificación allegada por el mismo demandante a folio 18, arrojó *“La consulta por número de identificación no ha retornado resultados”*, es decir, que la enunciada empresa, no aparece registrada en la Cámara y Comercio, situación que se corrobora con lo dicho por el representante legal del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S., en el sentido de exteriorizar que la institución educativa indicada había sido cancelada hacia más de veinte años.

Por otro lado, tanto el representante legal del Colegio convocado a juicio como la cónyuge del señor Rivero y actual socia del establecimiento son claros en señalar que, para el año 1983 el representante legal de la institución era el señor José Did Cruz Guarín y que esta situación se ha mantenido por más de 40 años.

A pesar de expedirse el documento objeto de reproche por la parte actora, por un trabajador de la institución educativa, también es cierto, que este no tenía como función expedir certificaciones laborales para dicha data, por fungir como representante legal el señor Cruz;



adicionalmente, al ser desconocido dicho documento, tanto en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal del Colegio Nuevo San Luis Gonzaga, el mismo no puede ser tenido en cuenta para declarar la existencia del contrato de trabajo alegado por la parte actora.

DE LA EXISTENCIA DEL COLEGIO NUEVO SAN LUIS GONZAGA S.A.S.

Conforme al Certificado de Existencia y representación legal de la demandada, acopiados tanto por la parte actora como por los convocados a juicio (fl. 84, 98), se registra que el Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S., fue constituido mediante documento privado, inscrita el 12 de marzo de 2012, con el Número 01615525 del libro IX; que el 29 de noviembre de 2011, inscrita el 12 de marzo fue nombrado el señor José Did Cruz Guarín como gerente y representante legal de la institución.

Así las cosas, la demandada, Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S. nació a la vida jurídica en el año 2012, por lo que, no es viable declarar la existencia de un vínculo contractual con fecha anterior a dicha data, por no existir en el mundo jurídico, la persona jurídica.

Debe precisarse que, a pesar de que, se alega e indica que el Colegio existe desde el año 1971, en el certificado de existencia y representación legal no se encuentra registrado esos cambios de nombre, ni sustitución patronal o fusión o situación jurídica similar, por el contrario, se evidencia, la creación de una persona jurídica nueva.



CONCLUSIONES FÁCTICAS

Para esta Sala de decisión, se puede colegir que entre las partes no existió una relación de carácter laboral, pues con el escaso material probatorio aportado a las diligencias, no se lograron acreditar los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T. Así, en primer lugar, en lo que atañe a la prestación de los servicios personales del señor Luis Enrique González Ramírez en favor de la demandada Colegio Nuevo San Luis Gonzaga S.A.S., máxime que se reclama una relación laboral del año 1983 y dicha institución fue creada en el año 2012, como se indicó en forma precedente, no existía en el mundo jurídico y por tanto no se encuentra legitimada para contraer obligaciones, tal como lo señaló el *A quo* en su momento.

Que si bien, pudo existir un vínculo contractual, este fue entre el señor Luis Enrique González y el Colegio Nuevo San Luis Gonzaga Mixto, persona jurídica diferente a la aquí demandada, tanto en su nombre, como en su identificación tributaria y que ya no existe, por lo que, mal podría declararse una relación laboral con una persona jurídica inexistente.

Consecuencia de las anteriores argumentaciones, se confirmará la decisión proferida por el sentenciador de primera instancia, conforme a los argumentos esgrimidos en forma precedente.

En lo atinente al reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, está llamado al fracaso, dado que este dependía de la declaratoria de existencia del contrato de trabajo.

COSTAS: En esta instancia no se imponen costas, al considerar que las mismas no se encontraron causadas.



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

RESUELVE

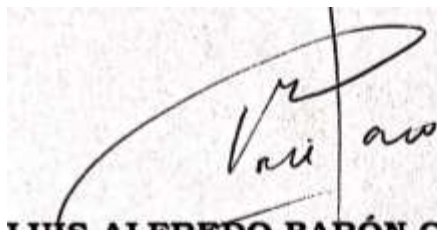
PRIMERO – CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de abril de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de esta ciudad, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. COSTAS. Sin costas en esta instancia, al considerar que no se encontraron causadas.

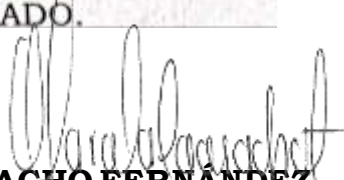
Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ISLEN VIVAS LOZANO** CONTRA **CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES 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 junio 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 **ISLEN VIVAS LOZANO** a través de apoderado judicial, pretende se declare que el contrato de trabajo celebrado con la demandada feneció de manera unilateral y sin justa causa por el patronal; como consecuencia de lo anterior, se condene a la indemnización legal por despido sin justa causa, indexación y costas del proceso (folio 46).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 47 a 48 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que, el 15 de noviembre de 2006, suscribió contrato de trabajo con la demandada a término fijo inferior a un año (dos meses), para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo, el cual fue prorrogado por el mismo término en tres oportunidades, siendo el final de la tercera prórroga el 14 de mayo de 2007, empero en esta última data, las partes suscribieron Otro sí, mediante el cual se varió la modalidad contractual a término indefinido. Refiere que el 20 de noviembre de 2015 la demandada le notificó que ocuparía el cargo de Tesorera y que su asignación salarial sería incrementada. Añade que el 5 de octubre de 2018 en las instalaciones de la demandada tuvo lugar el hurto de los cheques 03077018 y del 6413391 al 64133395, circunstancia por la cual fue sometida al polígrafo junto con otros trabajadores; que el 4 de febrero de 2019, fue citada a diligencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 5 de febrero de 2019; que en ella se le indagó sobre el hurto referido, al igual que respecto al error en un pago que debía realizarse el 11 de enero de 2019 con una tarjeta de Scotiabank, el yerro en una consignación de cheque que tuvo lugar el 14 de enero de 2019 y el pago extemporáneo que debía realizarse en la semana del 28 al 31 de febrero de 2019. Aduce que durante la diligencia de descargos puso de presente que en los últimos días de labor se había sentido enferma como consecuencia del polígrafo al que fue sometida. Manifiesta que el 12 de febrero de 2019, la demandada le informó la decisión de dar por



terminado su contrato de trabajo, alegando justa causa. Que su último salario ascendió a la suma de \$2.122.000.

CONTESTACIÓN: El demandado **CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES S.A.S.** manifestó su oposición a las pretensiones formuladas en su contra, al constatarse a través de la diligencia descargos, que la demandante no tuvo la debida diligencia en el manejo, cuidado y custodia de los títulos valores que tenía a su cargo, amén que omitió verificar que el valor girado en un título valor estuviese disponible a favor de su beneficiario, para no obligar a la sociedad a sobregirarse, y finalmente, efectuó un pago a favor de un tercero a la entidad bancaria equivocada, lo que implicó incumplir una obligación, que al no ser honrada le generó a la empresa el reconocimiento de intereses adicionales, circunstancias todas estas que fueron debidamente invocadas como justas causas de despido de la demandante.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los titulados buena fe, pago, inexistencia de la obligación demandada y prescripción (folios 59 a 73).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de marzo de 2021, resolvió **condenar** a **CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES S.A.S.**, a pagar a la demandante la suma de \$18.024.975,33 por concepto de indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a la parte demandada (CD a folio 115).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, de la prueba documental y los interrogatorios de parte practicados en el proceso, no se encuentran plenamente demostradas las justas causas de despido que fueron aducidas a la trabajadora en la carta de terminación del contrato, no siendo suficiente lo



expresado por la demandante en su diligencia de descargos, pues las mismas debieron ser demostradas en el presente juicio, en el que pese a los esfuerzos de la parte convocada, no se logró la confesión del extremo activo, quinen no aceptó por ejemplo, que era la única persona encargada de la caja fuerte y los documentos que contenía, ya que a ella tenían acceso diferentes personas, e inclusive permanecía abierta para retirar documentos los días miércoles, que eran regresados los días jueves. Concluyendo el *a quo* que la demandada no demostró con suficiente grado de certeza la ocurrencia de los hechos que se le endilgaron a la demandante como justa causas para el finiquito.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDADA interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como motivos de disidencia que *«(..)Discrepa la suscrita en cuanto a la tipicidad de los numerales 1 y 5 del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que, a mi juicio, quedó probado con la diligencia de descargos y confesado que, evidentemente la demandante no acató las órdenes impartidas por su inmediato superior con respecto a las funciones asignadas en el cargo de tesorera para los hechos ocurridos con ocasión de la terminación con justa causa del contrato de trabajo, especialmente comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estimara conducentes, a fin de evitarle daños y perjuicios. Y adicionalmente, porque quedó evidenciado que, esa omisión es una clara violación y grave a las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los mismos artículos y con los estimados como falta grave en el Reglamento Interno de Trabajo y tal como en los pactos y convenciones colectivas. En ese orden de ideas, para la suscrita es suficiente lo que confesó la señora Islen en su interrogatorio, al admitir que era de su responsabilidad y función el directo manejo de los títulos valores los que admitió en su diligencia de descargos, que fue negligente y por error causó el perjuicio con respecto al sobregiro de los cheques de ScotiaBank y Banco de Bogotá».*

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: Solicita la confirmación del fallo de primera instancia, al considerar que quedó demostrado en el proceso disciplinario la comisión de una sola conducta de la parte actora, como lo fue la consignación de un cheque un día después de la fecha estipulada, la cual no tenía la entidad, la gravedad o trascendencia que permitiera dar por terminado el contrato de trabajo, lo anterior de conformidad al Reglamento Interno de Trabajo vigente para el momento del despido, ya que en este no se encuentra tipificada como una falta grave o una que diera lugar a la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral. Añade que pese a que el empleador era quien tenía la carga de probar la comisión de una conducta cuya consecuencia fuera la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que ello no ocurrió en el caso concreto, y aun así se tomó la decisión más drástica para la demandante. De acuerdo a lo anterior, indica que le asiste toda la razón al fallador de instancia, basado en pruebas correctamente recaudadas en el plenario.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto la actora confesó y aceptó su falta de diligencia y cuidado, ello aunado a lo declarado también dentro del interrogatorio que rindió en la audiencia de que trata el art. 77 del CPT y SS, en ese sentido, las normas invocadas en su momento por la sociedad para terminar el contrato de trabajo con justa causa fueron las correctas, amén que se respetó el derecho de defensa de la ex trabajadora, al haberse agotado la diligencia de descargos.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la demandada terminó el nexo contractual que sostenía con ISLEN VIVAS LOZANO, de manera unilateral y con justa causa, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introdutorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los apremios de los artículos 60 y 61 del CPT; en especial, copia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (fl. 10 y 74); prórrogas 1, 2 y 3 del contrato de trabajo (fls. 10 vuelto, 11, 75, 76 y 77); otro número 1 al contrato de trabajo (fls. 12 y 78); citación a descargos (fl. 13); acta de descargos de fecha 5 de febrero de 2019 (fls. 14 a 15 y 84 a 87); carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 16 a 17 y 84 a 87); reclamación administrativa y su respuesta (fls. 18 a 21 y 100 a 105); certificaciones laborales (fls. 22, 79 y 106); Reglamento Interno de Trabajo (fls. 23 a 41); organigrama (fl. 42); historia clínica demandante (fls. 43 a 45); certificación de funciones y manual de funciones y responsabilidades (fls. 80 a 83); certificado de aportes (fls. 92 a 93); certificado para retiro de cesantías (fl. 95); certificado de aptitud laboral (fl. 96); solicitud de examen médico de egreso (fl. 97); comprobante de consignación de cheque (fl. 98); liquidación



definitiva de prestaciones sociales (fl. 99); expediente laboral (Cd. a folio 19), interrogatorios de parte rendidos por la demandante y representante legal de la demandada; probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que ISLEN VIVAS LOZANO laboró al servicio de CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES S.A.S. desde el 15 de noviembre de 2006², bajo la modalidad contractual laboral de término fijo inferior a un año, el cual fue prorrogado en 3 oportunidades y modificado a término indefinido el 17 de julio de 2007³, devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma básica final de \$2'122.000⁴; vínculo que feneció a partir del 12 de febrero de 2019 cuando desarrollaba el cargo de TESORERA, supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada⁵.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Preliminarmente, necesario se torna indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y parágrafo del art. 62 del CST.

Así, conforme a la carta de despido calendada 12 de febrero de 2019, visible a folios 88 a 91, la terminación del vínculo entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

² Folio 10.

³ Folio 12

⁴ Folio 94.

⁵ Artículo 66A del CST.



«(...)

Por los hechos sucedidos y su incoherencia en la sustentación, la empresa ha decidido dar por terminado su contrato individual de trabajo unilateralmente y por justa causa.

Esta terminación es efectiva a la finalización de la jornada del día martes 12 de febrero de 2019

Para esta decisión la empresa se apoya en el artículo 62, numeral 6, 9 y 10 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 58 numerales 1 y 5 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 43 numeral 9 del Reglamento Interno de Trabajo, con fundamento en los siguientes hechos:

Primero: dentro del proceso investigativo que adelanta la empresa, por pérdida de cheques, con relación a la caja fuerte que únicamente Usted maneja y custodia y en conversación con las gerencias, aseguró que la caja se encontraba cerrada, posteriormente de manera libre y voluntaria acude Usted a entrevista con el investigador que adelanta el caso, señor Jair Bustos y en la mencionada entrevista, confirmó que la caja fuerte se encontraba abierta, por lo tanto mintió a la gerencia con lo dicho inicialmente, lo cual genera entorpecimiento en la labor adelantada. Su actitud constituye una falta grave a la verdad, a las obligaciones que competen al trabajador, al Reglamento Interno del Trabajo, artículo 43 literal 9. Artículo 62 literal 1, literal a del Código Sustantivo del Trabajo.

SEGUNDO: En fecha 11 de enero de 2019, debía realizar un pago a Scotiabank, teniendo en cuenta que era fecha límite, sin embargo realiza Usted una consignación en cheque sin verificar que la cuenta giradora tuviera los suficientes recursos que cubrieran el pago, omitiendo por negligencia su función de verificación, coordinación e información al superior inmediato para que los recursos estuvieran disponibles, ocasionando con esto que el cheque rebotara con los graves perjuicios para la Empresa por la devolución, generando con esto el costo del 4 por mil y la mora en el pago. Cabe destacar que a la fecha el mencionado pago aún no se ha hecho efectivo producto de la mala coordinación, constituyendo su actuar en una falta grave al Código Sustantivo de trabajo, artículo 58 literal 1 y artículo 60 numeral 5, artículos 62 literales 6, 9 y 10 del Código Sustantivo del Trabajo.

TERCERO: En fecha 14 de enero de 2019, el Gerente General, su supervisor, le entrego un cheque por valor de \$ 100.000.000, con la orden expresa que fuera consignado en el Banco Colpatria, pero Usted realizó dicha consignación en el Banco de Bogotá, por lo tanto no se pudo realizar a tiempo una operación financiera internacional a Costa Rica, que dependía de esa consignación, causando con esto graves daños y perjuicios económicos a la Empresa, lo cual constituye una falta grave a las obligaciones que competen al trabajador y a lo consagrado en Código Sustantivo del Trabajo, artículo 58 numeral 1 y 5 y en el Reglamento Interno del Trabajo.

CUARTO: Durante la semana del 28 al 31 de enero de 2019, debería consignar un cheque a una cuenta corriente, para evitar pasar en sobregiro al 01 de febrero de 2019, consignación que Usted solo se efectuó hasta el 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de febrero de 2019, afectando con esto gravemente la cuenta con la consencuencia de costos de sobregiro y perjuicios. Su actitud constituye una grave violación a sus obligaciones como trabajador y a lo consagrado en el artículo 62 literales 6, 9 y 10 del Código Sustantivo del Trabajo.

*Por lo anterior se concluye que injustificadamente y sin razón válida aparente, ha desconocido las obligaciones para las cuales fue contratada y además ha desconocido las funciones y labores inherentes a su cargo, con la consecuencia de los graves perjuicios económicos, legales y operacionales para con el Empleador.
(..).».*

Planteadas las cosas, es a la demandada a quien le incumbe acreditar que la terminación del vínculo laboral con la parte activa fue con justa causa, so pena de devenir en injusto con las consecuencias jurídicas que esto trae.

Suma indicar que de vieja data ha advertido la H. Corte Suprema de Justicia, que lo imperativo en el documento de terminación de la relación laboral es establecer los supuestos de orden fáctico que rodearon el actuar del ex trabajador, para entonces concretar las causales en los que estuvo inmerso, manifestación vista en la sentencia SL 16214 de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexo, evidente emana concluir que CONSTRUCTORA DE OBRAS CIVILES S.A.S. fundó su decisión en los numerales 6º, 9º y 10º literal a) del artículo 62 del CST, normas que en su literalidad enseñan:

«ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*

(..)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

(..)

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.»

Referente a la prescripción normativa establecida en el numeral 6° *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Bajo tal égida, se advierte que en el contrato individual de trabajo militante a folio 10 del diligenciamiento, las partes acordaron lo siguiente:

«SÉPTIMA: TERMINACIÓN UNILATERAL. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, por cualquiera de las partes, las enumeradas en los Arts. 62 y 63 del C.S.T., modificados por el Art. 7° del Decreto 2351/65 y además, por parte del EMPLEADOR, las faltas que para el efecto se califiquen como graves en reglamentos y demás documentos que contengan reglamentaciones, órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, pactos, convenciones colectivas, pactos arbitrales y las que expresamente convengan calificar así en escritos que formarán parte integrante del presente contrato. Expresamente se califican en este acto como faltas graves la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato».* (Subraya fuera de texto).



De cara a lo dispuesto en la cláusula séptima antes citada, se advierte que el numeral 9° del artículo 42 del Reglamento Interno de Trabajo concretó como prohibiciones de los trabajadores *«Descuidar el desarrollo de sus responsabilidades e incumplir órdenes e instrucciones de los superiores»* y, en el párrafo *ejusdem* *«La violación por parte del trabajador de las prohibiciones especiales enunciadas, se considera FALTA GRAVE, y dará lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la empresa»* (fl. 31).

De manera que, procede la Sala de Decisión a analizar las pruebas aportadas al plenario en los términos de los artículo 60 y 61 del CPT y la SS, a fin de determinar la ocurrencia o no de los supuestos de facto que enmarca lo dispuesto en la regulación *ejusdem*, para lo cual, *liminarmente*, habrá de señalarse que el motivo de los reparos formulados en la alzada atañen a corroborar si Islen Vivas Lozano incumplió o no, con las funciones concedidas en el cargo de Tesorera.

Al punto, necesario torna remitirse a las manifestaciones esbozadas por la demandante en la diligencia de descargos que tuvo lugar el 5 de febrero de 2019 (fls. 13 vuelto a 15), cuya acta, contrario a lo indicado por el Juzgado de Conocimiento, goza de valor probatorio, en la medida que se trata de un documento allegado por ambas partes, que no fue desconocido ni tachado por ellas, a más que sobre su contenido no se requirió su ratificación. Por tanto, procede la Sala a analizar su texto, para lo cual encuentra importante destacar las respuestas que la demandante dio ante su empleador, frente a unos presuntos incumplimientos que éste le puso de presente en la mentada diligencia.

Así, se tiene que a la demandante se le preguntó sobre un hecho ocurrido el 11 de enero de 2019, en el que ésta debía *«(...) realizar el pago de la tarjeta Scotiabank, pues era la fecha límite de pago siendo su responsabilidad que se cancele a tiempo para conservar el buen nombre de cupo y manejo. Con antelación el día 8 de Enero le fue entregado el cheque para realizar dicho pago, era su responsabilidad verificar que los recursos estuviesen disponibles para efectuar el*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*pago y de no ser así, realizar las acciones pertinentes tendientes a que la transferencia tuviera éxito. Debido a que esto no fue así el cheque rebotó, por falta de fondos, generando con esto graves perjuicios económicos y crediticios del tarjetahabiente. *Explique el motivo por el cual no coordino el pago oportunamente.» Frente a ello, la parte convocante manifestó que «La tarjeta Scotiabank pensé que constructora Almeira tenía sobregiro en la cuenta corriente pero resulta que a esa cuenta le habían quitado el sobregiro. El día 8 no me fije actué confiada en que esa cuenta tenía sobregiro eso fue lo que pasó».*

Asimismo, se le pregunto a la demandante sobre un hecho ocurrido el 14 de enero de 2019, según el cual «(...) le fue entregado por el Dr. Alberto Castro un cheque de \$100.000.000 a nombre de María del Pilar Ramírez, para que fuera consignado en la cuenta Colpatria titular María del Pilar Ramírez, pero usted hizo la consignación en la cuenta del Banco de Bogotá, por tanto no se pudo realizar a tiempo una operación en la Ciudad de Costa Rica, que dependía de esa consignación ya que la monetización de estos \$100.000.000 se debía realizar a través del Banco Colpatria y del Banco de Bogotá. Adicional a esto causó el perjuicio del 4 por mil y el no poder realizar la operación, lo que ocasiono (sic) a la Compañía pérdida de dinero y de credibilidad. Explique usted el motivo de este grave error». Sobre ello la demandante indicó que «Bueno yo que el me da un pepelito (sic) y cometí el error de botarlo, yo se que el me escribió BTA y cometí el error de botarlo yo me acuerdo que decía BTA, desafortunadamente lo boté».

Finalmente, se le indagó a la demandante sobre un hecho que tuvo lugar durante los últimos días del mes de enero de 2019, y según el cual «En la semana del 28 al 31 de Enero de 2019, debía usted coordinar la consignación de un cheque a cuenta, para evitar pasar en sobregiro, hecho que no se hizo en la fecha estipulada, efectuándolo el 1 de Febrero, afectando con esto gravemente la cuenta con las consecuencias de sobregiro y perjuicio para la Empresa. *Explique cuál fue el motivo para no realizar a tiempo la consignación». Siendo la respuesta de la parte actora que «Sí ese día se me olvidó, porque me enfrasque (sic) en unos intereses que había que pagar de Colpatria y no le entregué el del Banco de Bogotá, y envié a María del Carmen de prisa para Colpatria y olvidé lo del Bogotá».



De lo precedente se tiene que la demandante, en su diligencia de descargos, reconoció la ocurrencia de dos de los hechos que le fueron puestos de presente en la misma, como que realizó el pago de la tarjeta Scotiabank a través de un cheque cuya cuenta no tenía los recursos suficientes para cubrir el pago, el cual fue devuelto por la entidad bancaria y generó la mora en el cumplimiento de la obligación, al igual que la falta de consignación oportuna de un cheque en una cuenta corriente del Banco de Bogotá, pues pese a que debía llevar a cabo la operación entre los días 28 al 31 de enero de 2019, sólo efectuó la misma hasta el 1º de febrero de símil año, circunstancia que generó el sobregiro de la cuenta en mención.

De manera que, contrario a lo concluido por el *a quo*, en el *sub examine* sí se encuentran demostrados dos, de los diversos hechos que sirvieron de motivos para que el dador del laborío diera por terminado el contrato de trabajo celebrado con la demandante, lo cual claramente deviene del acta de descargos, respecto de la cual la Sala no encuentra motivo para desechar, como así lo hizo el Juzgado de Conocimiento, pues se *itera*, sobre ella no se solicitó ratificación, ni fue redargüida por los extremos procesales.

No siendo por tanto necesaria, la confesión de la actora a través del interrogatorio de parte, que fue echada de menos por el fallador de primera instancia y que lo llevó a acceder a las pretensiones formuladas en el escrito genitor.

A lo anterior, se suma que tal declaración nada aporta al esclarecimiento de los hechos, por cuanto en ella la demandante solo indicó que al entregársele el cargo de Tesorera fue capacitada únicamente por el período de un mes, que tenía como formación 9 semestres de administración de empresas, y que ya nombrada en el cargo, buscó capacitarse para el desempeño del mismo; además, indicó que era su



responsabilidad el manejo de la caja fuerte en la empresa, acotando que los cheques que manejaba no eran guardados todo el tiempo en la misma; que no era la persona encargada de girar los cheques y que cuando se le hizo la diligencia de descargos no se encontraba en óptimas condiciones de salud, porque había quedado muy afectada a causa del hurto del que fue víctima la empresa (Cd. a folio 115).

Adicional a ello, se tiene que del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada, tampoco se advierte confesión pues este ratifica lo afirmado en la contestación de la demanda en cuanto a que el despido de la trabajadora lo fue con justa causa. Así, afirmó que la demandante con ocasión al hurto de unos cheques se sometió voluntariamente a una prueba de polígrafo, que en todo caso no tuvo incidencia en la terminación del contrato de trabajo; además que ella era la única encargada de la custodia de la caja fuerte en donde se guardaban los cheques sujetos del hurto; que la demandada fungía como administradora de la Constructora Almería y es por ello que la demandante debía realizar algunas labores administrativas relacionadas con esa empresa; que la actora tenía acceso a todos los portales empresariales, incluidos los de tal sociedad para verificar saldos, movimientos y extractos de cuentas, y que la terminación del contrato de trabajo tuvo lugar por cuanto la demandante incurrió en faltas graves al Reglamento Interno de Trabajo y al CST, lo cual tuvo lugar después del agotamiento de la investigación correspondiente y los descargos que le fueron realizados como garantía a su derecho a defensa, y en virtud de los que se constató que incurrió en las faltas que le fueron endilgadas (Cd. a folio 115).

De suerte que, es el acta de descargos el elemento de convicción que permite a la Sala constatar la ocurrencia de dos de los hechos señalados en la carta de despido, como se indicó previamente y respecto de los



cuales ha de analizarse si en efecto se configuró una justa causa para dar por terminado el vínculo laboral.

Para el efecto, resulta necesario remitirse a la certificación emitida por la convocada a juicio con destino al Centro de Servicios Financieros del SENA, de fecha 1º de febrero de 2018, que también fue entregada a la demandante, según constancia de recibido de símil fecha, en cuyo contenido se discriminan sus funciones como Tesorera, dentro de las cuales se refieren: entrega de pagos en días establecidos; realizar consignaciones, pagos de servicios, tarjetas e impuestos (fl.80).

Igualmente, se constata a folios 81 a 83 del informativo, el Manual de Funciones y Responsabilidades del cargo de Tesorera, de fecha abril de 2017, que se encuentra suscrito por la demandante, y en el cual se referencian como funciones, el registro diario de las transacciones realizadas en cada una de las cuentas bancarias, depósitos, retiros, débitos, créditos; registro y control en libro de emisión de cheques para pagos futuros; traslados entre bancos; pagos a proveedores, contratistas y colaboradores; informe a los mandos superiores de los vencimientos y pagos mensuales a realizar.

Hasta este punto, evidencia esta Colegiatura que la convocante a la acción ordinaria laboral se encontraba diáfananamente compelida a efectuar los pagos de tarjetas, realizar consignaciones, al igual que registro y control de emisión de cheques para pagos futuros y traslados entre bancos, todo ello, dentro de los términos establecidos, e igualmente, informar cualquier vencimiento a sus mandos superiores.

Por manera que, de los hechos y pruebas antes relacionadas, encuentra esta Sala de Decisión que los reparos elevados en la alzada hallan camino de prosperidad y, por el contrario no se evidencia acertada la decisión esbozada por el Juez de Conocimiento, pues para esta Colegiatura salta



evidente que teniendo claridad ISLEN VIVAS LOZANO de las obligaciones encargadas en el desarrollo del cargo, de manera indolente y descuidada decidió evadir las mismas y no efectuar el pago de la tarjeta Scotiabank dentro de la fecha límite, previa verificación de los fondos que sustentaban el cheque que procedió a girar para el efecto, al igual que tomar las medidas pertinentes que le permitieran ejecutar con éxito el cumplimiento de la obligación; asimismo, obvió realizar a tiempo la consignación de un cheque a la cuenta del Banco de Bogotá de la encartada, a fin de evitar sobregiros de la misma.

Todo ello, pese a que era conocedora de sus funciones, pues como se indicó, recibió el respectivo Manual, en tanto en él se encuentra impuesta su firma, como igualmente ocurre con la certificación de funciones, de fecha 1º de febrero de 2018.

Y sin que resulte valedera la indicación que la actora realizó tanto en los descargos como en su interrogatorio de parte, sobre las afectaciones de salud que padeció, pues aunque en el expediente se observa que el 2 de febrero de 2019 consultó a su médica general, quien le diagnosticó cefalea, obesidad grado I, episodio depresivo moderado, dislipidemia y estrés laboral, lo cierto es que ello no constituye una condición de salud clara que le impidiera el cumplimiento cabal de sus funciones, pues no se le ordenó incapacidad laboral, sumado a que el plan manejo se circunscribió a la ingesta de medicamentos, a la realización de unos exámenes y a la expedición de órdenes para consulta con nutrición (fl. 44).

De lo precedente, se concluye que en efecto uno de los motivos esbozados en la carta de despido se encuentra debidamente corroborado, pues la demandante incurrió en una de las prohibiciones del trabajador establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo, cual es, descuidar el desarrollo de sus responsabilidades e incumplir órdenes e instrucciones



de los superiores, que de paso configura una falta grave como así se encuentra calificado en tal norma, siendo diáfana la concurrencia de la causal 6ª del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Así las cosas, esta Sala de Decisión encuentra comprobada una de las justas causas alegadas por la demandada, pues conociendo las funciones y procedimientos a realizar para la adecuada ejecución de su labor, la señora VIVAS LOZANO de manera indolente decidió no acatarlas, motivo por el cual, habrá de revocarse la sentencia impugnada, para en su lugar, absolver a CONSTRUCTORA DE OBRAS CIVILES S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandante, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 19 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a **CONSTRUCTORA NACIONAL DE OBRAS CIVILES S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por **ISLEN VIVAS LOZANO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el A-
quo, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandante,
tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el
resultado de la alzada.

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo", is written over a light blue horizontal line. Below the signature, the name "EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS" is printed in bold, black, uppercase letters.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis", is written over a light blue horizontal line. Below the signature, the name "LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR" is printed in bold, black, uppercase letters, followed by "MAGISTRADO." on the next line.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana", is written over a light blue horizontal line. Below the signature, the name "DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ" is printed in bold, black, uppercase letters.

*-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

27201700724 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MARÍA EMILIA DÁVILA ECHEVERRI** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

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

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



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Zuritza Dolores Parrao Obarros** identificada con cedula de ciudadanía No. 39.094.428 de Plato Magdalena y tarjeta profesional 117.896 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA EMILIA DÁVILA ECHEVERRI** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó en el mes de noviembre de 1998 a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., al igual que Colpensiones es la entidad a la cual se encuentra legalmente afiliada; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, bonos pensionales y comisiones que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; condenar a Colpensiones a registrar y reactivar su afiliación, así como a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 3 y 4).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 3

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 8 del informativo, que en síntesis indican que, nació el 16 de julio de 1961; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS en donde cotizó un total de 356,71; que en el mes de noviembre de 1998, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.; que durante la afiliación a la referida sociedad, no se le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, como tampoco las desventajas del dicho acto jurídico, ni se le ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional. Añade que la AFP Colpatria hoy Porvenir no le indicó las ventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general, no le propició una asesoría profesional, completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional. Refiere que, con posterioridad, la AFP Porvenir le informó los eventuales valores de su pensión en un régimen o en otro, encontrando que la pensión en Colpensiones sería de un valor mayor a la que recibiría en el RAIS. Que solicitó a las demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, peticiones que le fueron resueltas de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra, al considerar en esencia que, la demandante se encuentra inmersa en la



prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, al contar con 56 años al momento de solicitar su traslado al RPM, amén que no acredita 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Aduce que la demandante no puede beneficiarse de rendimientos y aportes que jamás realizó a Colpensiones, pues ello constituye un factor de descapitalización del fondo común, que pone en riesgo el futuro pago de las pensiones de los afiliados que por el contrario, siempre han contribuido al mismo, poniendo a estos en desventaja frente a su derecho irrenunciable a la pensión. Indica que la entidad nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el extremo activo y la AFP llamada a juicio, por manera que ante una eventual condena la responsable es la administradora de fondos de pensiones y no Colpensiones. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y declaratoria de otras excepciones. (fls. 98 a 108).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, y de conformidad con la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, motivo por el cual la actora tomó una decisión informada y consciente, lo cual protocolizó a través de la suscripción del formulario de afiliación o traslado al RAIS, manifestando pleno consentimiento y conocimiento en el proceso de afiliación, pues con su



firma dejó plena constancia de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al mencionado régimen. **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. 144 a 152).

Por su parte, la vinculada en calidad de *litis consorcio* necesario **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS, al considerar en esencia que, el acto jurídico celebrado con esta es plenamente válido y produce efectos jurídicos, al confluir todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento de la demandante, ni se le ocultó información antes y durante su vinculación a Protección, ya que suscribió válidamente su formulario de traslado, y su decisión estuvo exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por sus asesores comerciales, quienes estaban debidamente capacitados para brindar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes frente al RAIS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica. (fls. 210 a 217).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de marzo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. y las efectuadas entre administradoras del RAIS; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses; **ordenar** a Colpensiones afiliar nuevamente a la actora al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de la AFP Porvenir; **declarar** no probadas las excepciones de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento e inexistencia de la obligación formuladas por Colpensiones, las de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, falta de causa para pedir e inexistencia de las pretensiones formuladas, buena fe, enriquecimiento sin causa propuestas por Porvenir y las de invalidez de la afiliación, inexistencia del vicio del consentimiento formuladas por Protección; **condenar en costas** a las AFP Porvenir y Protección. (Cd. a folio 220b).

Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 7

se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., ni mucho menos Protección, hayan cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la ineficacia tiene lugar cuando la ley le resta validez al acto jurídico y aplica únicamente para los casos en ella establecidos, pese a ello, el Despacho no hizo alusión en su decisión a la norma que refiere la ineficacia del traslado que declaró. Agrega que, si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 hace alusión a la figura de la ineficacia, la misma opera únicamente en aquellos casos en los cuales se impide o se atenta contra el derecho de afiliación y selección de régimen pensional, lo cual claramente implica una conducta dolosa, que debe ser probada y no presumida. En ese orden, resalta que en el *examine* no puede concluirse la concurrencia del dolo, en tanto este no fue probado y menos aun, cuando la afiliada de forma libre y voluntaria se afilió al RAIS, cuyas condiciones se encuentran consagradas en la ley, que es de conocimiento público y no puede ser modificada por las partes. Refiere que, ante la eventual existencia de un vicio en el consentimiento, no puede perderse de vista



que ello deviene en una nulidad relativa que se sana mediante actos de ratificación, como los traslados que la convocante efectuó entre administradoras del RAIS, amén que durante el paso del tiempo nunca solicitó la nulidad del traslado. Indica que cumplió los deberes que le fueron impuestos por la ley para la data de la afiliación de la demandante, no siéndole exigible la realización de cálculos o proyecciones, porque ello para la época no se encontraba establecido en la legislación, la cual no pudo aplicarse de manera retroactiva, dado que ello atenta contra la Constitución y la seguridad jurídica.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que no debe darse aplicación objetiva al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, puesto que deben analizarse las circunstancias particulares del caso, y en especial los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de cada afiliado. Aduce que, conforme al interrogatorio de parte, es posible constatar la negligencia de la demandante, quien decidió no solo trasladarse al RAIS, sino también a diferentes administradoras de tal régimen, pese a que contaba con la posibilidad retornar al RPM, en los términos dispuestos por la Ley 797 de 2003. Añade que, ante la eventual existencia de un vicio del consentimiento, la actora contaba con un término de 4 años para solicitar la nulidad de su traslado, conforme a los términos del artículo 1750 del C.C., empero no hizo nada al respecto, y por el contrario, contribuyó a la ratificación y saneamiento de su afiliación al RAIS. Concluye indicando que, para efectos de resolver la alzada, se debe considerar el criterio vertido en la sentencia



proferida dentro del radicado 2018-0044, del Magistrado Ponente David Correa, según el cual no es viable pretender la nulidad de traslado solo hasta el momento en que el afiliado observó que su pensión no estaría acorde con sus pretensiones económicas, debiendo por tanto someterse a las condiciones del sistema que eligió.

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 manifiesta que en el presente caso existe una orfandad probatoria, que permita constatar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la afiliación de la convocante. Aduce que desde el principio correspondió 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. Resalta que el único documento con el que se cuenta en el *examine*, es el formulario de afiliación, del cual no se puede deducir la asesoría sobre las condiciones de pensión en uno u otro régimen. Conforme a ello, solicita la confirmación del fallo impugnado.

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 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, persigue la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo en síntesis que no le asiste derecho a la parte accionante a la NULIDAD y TRASLADO, debido a que, una vez estudiado el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente, es notable una ausencia de sustento que justifique acceder a las pretensiones.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 77 a 79 del paginario.



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 Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, 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 MARÍA EMILIA DÁVILA ECHEVERRI al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, 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, historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 35 a 38, 109 a 113 y 121 a 125); copia del documento de identidad de la demandante (fl. 32); formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir (fl. 33 y 154); certificación de afiliación emitida por Colpensiones (fl. 34); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 26 a 31, 49 a 60 y 159 a 166); historia laboral para bono pensional (fls. 47 a 48 y 157 a 158); solicitudes elevadas por la actora ante la AFP Porvenir y sus respuestas (fls. 61 a 76);



solicitudes elevadas ante Colpensiones y sus respuestas (fls. 77 a 87); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd a folio 127); certificación de afiliación expedida por la AFP Porvenir (fl. 154); comunicados de prensa (fls. 167 a 168); historial de vinculaciones SIAFP-ASOFONDOS (fls. 155 a 156 y 218); certificación y formulario de afiliación de la AFP Protección (fls. 219 a 220) e interrogatorio de la parte demandante (Cd. a folio 220b).

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

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



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

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

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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de**



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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente



dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 17

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 prestaciones, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 18

tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 19

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

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

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

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

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

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

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



adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 22

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 23

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 24

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 25

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 26

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, 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, de suerte que no es procedente considerar la decisión proferida por este Tribunal a través de otra Sala de decisión como lo peticiona Colpensiones en su alzada.

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 28 de mayo de 1986 hasta el 31 de octubre de 1998, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folio 109 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colpatria hoy



Porvenir S.A., el 13 de noviembre de 1998, según se constata del formulario de afiliación obrante a folio 154; igualmente, el 1° de octubre de 1999, se vinculó a la AFP Protección (fl. 220); finalmente, se advierte del historial de vinculaciones del SIAFP ASOFONDOS, que el 25 de abril de 2000, la demandante retornó a Colpatria, AFP que posteriormente fue cedida por Fusión a Horizonte, la cual a su vez fue cedida por fusión a Porvenir (fl. 155), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como se indica en la certificación visible a folio 153; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 154), el cual conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia no tiene la virtud de demostrar un consentimiento informado.



Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que: *«tuvimos una reunión con el asesor de Porvenir, en el cual nos indicó pues lo que acabo de referir hace un momento, que el Seguro Social estaba en muy mala situación, que siendo una entidad del Gobierno muy seguramente la iban a cerrar, que íbamos a perder todos los fondos que teníamos ahorrados, que los fondos de pensiones privados abrían una nueva posibilidad para asegurar la pensión, que era obviamente mucho más seguro, mucho más rápido y que pues con certeza íbamos a tener la pensión asegurada»*. (Cd. a folio 220b).

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

Por manera que, Colpatria hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica



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

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, contrario a lo referido en alzada, 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.

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

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta,



comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Ahora, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de MARÍA EMILIA DÁVILA ECHEVERRI, se procederá a adicionar la sentencia en tal sentido.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

27201700724 01 32

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»

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

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

DE LA PRESCRIPCIÓN

Las entidades convocadas a la acción ordinaria laboral elevaron como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del



formulario y la solicitud de nulidad. Agregando que COLPENSIONES en su recurso, insiste en que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles, al mencionar que la demandante contaba con el término de 4 años para formular la respectiva demanda.

Empero, preciso es referir que para el *sub examine*, el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del Código Civil, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo se escapa de dicha naturaleza, y obtiene el nivel de fundamental e imprescriptible.

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

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, 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: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 23 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201700724 01 35

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 ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

AUTO DEL PONENTE

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

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

15201900528 01 1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **JUAN CARLOS JARAMILLO VILLEGAS** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

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

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



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución 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 **JUAN CARLOS JARAMILLO VILLEGAS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad, ineficacia o invalidez del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó el 1º de noviembre de 1996; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir transferir a Colpensiones el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor de lo aportado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación al RPM, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba el 1º de noviembre 1996, registrando en su historia laboral el detalle de las cotizaciones provenientes de la



AFP Porvenir; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (folios 6 y 7).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 9 del informativo, que en síntesis indican que, nació el 23 de julio de 1960; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 28 de octubre de 1983; que el 1º de noviembre de 1996, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.; que durante la afiliación a la referida sociedad, los asesores de la AFP no le informaron sobre los requisitos y condiciones para pensionarse en el ISS, ni le efectuaron una proyección sobre la pensión que podría tener en un régimen o en otro; que no le fue suministrada una información completa, detallada y veraz, sobre su situación pensional en ese momento y a futuro, como tampoco le indicaron las consecuencias desfavorables que le podía ocasionar esa decisión, pues únicamente se le precisó que su pensión a los 62 años, sería mejor que en el RPM. Refiere que con posterioridad, la AFP Porvenir le informó los eventuales valores de su pensión en un régimen o en otro, encontrando que la pensión en Colpensiones sería de un valor mayor a la que recibiría en el RAIS. Que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual le fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la AFP demandada es quien tiene la carga de demostrar que brindó al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 4

demandante información oportuna, efectiva y veraz, precisando que Colpensiones no tuvo nada que ver en la decisión libre y espontánea del actor, por manera que ante una eventual condena, es Porvenir quien debe hacerse cargo de la prestación en los mismos términos que le correspondería en el RPM, ya que no puede Colpensiones asumir los errores en los que eventualmente incurrió otra administradora.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones. (fls 54 a 63 y 127 a 131).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación del demandante al fondo de pensiones administrado por la AFP Porvenir fue producto de una decisión libre de presiones y engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación , documento público, en el que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CPG y el parágrafo 54A del CPT y de la SS. Refiere que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. Concluye indicando que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal



e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que, en el evento de presentarse algún vicio en el consentimiento, esto deriva una nulidad relativa susceptible de saneamiento a través de los actos de ratificación, tales como los aportes que realizó mes a mes el demandante a la AFP. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 81 a 107).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de abril de 2021, resolvió **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir el 17 de octubre de 1996; **ordenar** a la AFP Porvenir trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante al Régimen de Prima Media administrado a través de Colpensiones, y a esta entidad a recibir dichos recursos, al igual que reactive su afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS y **sin condena** en costas. (Cd. a folio 147).

Lo anterior por considerar el *A quo* que el traslado del actor al RAIS se efectuó sin considerar el término de 3 años de permanencia previsto en el texto original del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no debe darse aplicación objetiva al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, puesto que deben analizarse las circunstancias particulares de cada caso concreto. Añade que, conforme a lo manifestado por el accionante, no debe concluirse que se hubiere faltado al deber de información, y menos aun ante la falta de realización de una proyección pensional, al tratarse de una documentación que no era exigible a la fecha del traslado, amén que la asesoría realizada al convocante lo fue de manera verbal, como así lo establecía la normatividad vigente. Indica que, del interrogatorio de parte rendido por el accionante, se constata que éste recibió información amplia y oportuna sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, al igual que en el transcurso de



su afiliación, siendo claro que este no elevó solicitud alguna encaminada a obtener una re asesoría, precisamente porque se le suministraron claramente los beneficios que implicaban su afiliación, lo cual se ratifica a través del formulario de afiliación. Sostiene que el actor tenía conocimiento sobre la existencia de los gastos de administración y de los aportes voluntarios, al punto que los realizó motivado en alcanzar una mejor posición económica; sumando a ello que, la proyección pensional para la data del traslado no era procedente, pues esta depende de variables que están llamadas a sufrir modificaciones durante el transcurso del tiempo. Concluye resaltando que no es procedente la devolución de los gastos de administración, como quiera que los mismos deben ser descontados en ambos regímenes pensionales, amén que no forman parte integrante de la pensión, y por ello se encuentran sujetos a la prescripción, la cual debe ser declarada, además, conforme al concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia en el año 2019, en estos casos, las únicas sumas a retornar corresponden a los aportes y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

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 solicita la confirmación del fallo impugnado, en cuanto se acoge el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, y toda vez que como quedó demostrado dentro de este proceso, el fondo privado no cumplió con su deber de brindar al afiliado toda la información necesaria sobre el sistema pensional y, en especial, las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, a fin de que pudiese haber adoptado una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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 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 individual cerca de 24 años 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez 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. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por



error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño lo indujo al traslado. Refiere que los asesores de la AFP PORVENIR S.A. le manifestaron a la parte demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía a la misma, el efectuar el traslado, las cuales el accionante manifestó conocer y comprender, al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 36 a 43 del paginario.

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 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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por JUAN CARLOS JARAMILLO VILLEGAS 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.

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 identidad del demandante (fl. 25); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 26 a 31); simulación pensional efectuada por la AFP Porvenir (fls. 32 a 35); derecho de petición elevado



por el accionante a Colpensiones y su respuesta (fls. 36 a 43); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 63); formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 110); comunicados de prensa (fls. 111 a 120) e interrogatorio de la parte demandante (Cd. a folio 147).

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

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de



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

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

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

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



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

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

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

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

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



de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 16

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 17

actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

15201900528 01 18

afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 19

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 20

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 21

trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

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

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

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

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

15201900528 01 22

dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 23

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 24

contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 25

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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de octubre de 1983 hasta el 31 de octubre de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita en el expediente administrativo a folio 63 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 17 de octubre de 1996, según se constata del formulario de afiliación obrante a folio 110 fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de



seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 110), el cual conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia no tiene la virtud de demostrar un consentimiento informado.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que a la fecha del traslado cuando trabajaba en Almadeco, fue asesorado junto con otros compañeros de trabajo, por parte de un funcionario de la AFP Porvenir, quien les indicó que en dicha administradora, podían pensionarse a una edad temprana, tener la posibilidad de hacer aportes voluntarios, y obtener rendimientos financieros, además que en caso de fallecimiento su cónyuge tendrían derecho a una pensión o sus herederos recibirían la totalidad de sus ahorros. Agregó que se le mencionó el tema de los gastos de administración y la existencia de una cuenta de ahorro



individual, y que para la época de su traslado sabía que para pensionarse en el ISS debía cumplir una edad y unas semanas, sin especificar un número mínimo. Finalmente, dijo que no se le hizo un comparativo entre regímenes pensionales, ni tampoco se le indicó que su traslado le implicaba la pérdida de un beneficio, cual era, pensionarse con 1000 semanas y 60 años edad, acotando que no se le suministró amplia información sobre las consecuencias de su traslado, ya que únicamente se le mencionaron los beneficios de la AFP demandada (Cd. a folio 147).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, contrario a lo indicado por la AFP Porvenir, dado que conforme a la declaración del actor, éste únicamente dio cuenta de una asesoría en torno a algunas características del RAIS, que no tiene la virtud de constituir la información suficiente en los términos jurisprudenciales anotados, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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, 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 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 30

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

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

Ahora, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de JUAN CARLOS JARAMILLO VILLEGAS, se adicionará la sentencia, pese a la oposición que sobre el tema efectúa la AFP Porvenir.

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

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15201900528 01 31

cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

En lo referente a la prescripción en torno a los emolumentos denominados gastos de administración, mismos que al sentir de la AFP Porvenir S.A., no hacen parte de la construcción del derecho pensional y que por tal razón, dicho fenómeno extintivo opera sobre estos dineros, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho



pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, tales emolumentos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, no siendo atendible lo que aduce la AFP PORVENIR en su alzada.

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

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP 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: ADICIONAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá



D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 19 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

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

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 ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



15201900528 01 34

AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOHNNATAN YESID LÓPEZ CALDERÓN** CONTRA **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**. (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 junio 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»



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOHNNATAN YESID LÓPEZ CALDERÓN**, actuando a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se condene a la encartada al pago de la prima extralegal de servicios causada durante los meses de diciembre de 2016, junio y diciembre de 2017, junio y diciembre de 2018, al igual que la prima extralegal de vacaciones de 2017 a 2018, el reajuste de las cesantías y sus intereses, la sanción por falta de consignación de cesantías, la indemnización moratoria, intereses de mora más altos, indexación y costas procesales, folios 2 y 3.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 del informativo, que en síntesis advierten que, ingresó a laborar a la Federación Nacional de Cafeteros el 1º de marzo de 2012 mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual fue modificado a término indefinido desde el 1º de julio de 2014, para desempeñar el cargo de Diseñador Gráfico, percibiendo como última asignación mensual la suma de \$3.940.142, siendo terminado el vínculo laboral por parte de la demandada el 23 de noviembre de 2018. Refiere que en la demandada existe una organización sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia- SINTRAFEC, con la cual la parte empleadora ha firmado diversas Convenciones Colectivas de Trabajo. Indica que en la Convención Colectiva de Trabajo de 1965 las partes contratantes pactaron que la misma sería aplicada a “*todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia*”, disposición que se reitera en la cláusula 31 de la Convención Colectiva de 1974 y en los artículos 32 y 33 de la Convenciones Colectivas de 1976 y 1978,



respectivamente. Señala que en la Convención Colectiva de 1984 se pactó en su artículo 17 *“La continuidad de prestaciones y derechos”*, amén que en los artículos 11 de la Convención Colectiva de 1988 y 17 de la Convención Colectiva 1990, se estableció *“La continuación y vigencia de las estipulaciones de Convenciones Colectivas y Laudos arbitrales”*, lo cual se repite en las Convenciones Colectivas de 1992, 1995, 1996-1997 y 1998-1999. Aduce que nunca estuvo afiliado a la organización sindical; que el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo 1974 estableció una prima extralegal de servicios, además que en los artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo 1984 y 10 del Laudo Arbitral de 1986 se consagró una prima extralegal de vacaciones, misma que tiene carácter salarial conforme al artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996. Concluye afirmando que la demandada nunca reconoció a su favor la prima extralegal de servicios y la prima de vacaciones, acotando que esta última prestación tampoco fue considerada para liquidar sus cesantías.

CONTESTACIÓN: La demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** se opuso a las pretensiones de la demanda, al indicar que de buena fe canceló todos los conceptos a que tuvo derecho el actor durante la vigencia de la relación laboral y a su fenecimiento, con el pago de la liquidación final de acreencias laborales. Indica que el accionante jamás estuvo afiliado a Sintrafec, sumando a ello que, la Organización Sindical es un sindicato de empresa minoritario desde el mes de marzo de 1.988. Acota que las partes suscribientes de las convenciones colectivas traídas a colación por la apoderada judicial del accionante, reconocen la coexistencia de dos regímenes laborales, a saber: los miembros del sindicato suscribiente de la convención, del cual no era parte el convocante, y el de los demás trabajadores no beneficiarios de la misma. Precisa que en todo caso, de conformidad con lo acordado por las partes en el contrato de trabajo de fecha 1º de julio de 2014, en su cláusula segunda, *“Cualquier otra remuneración de*



carácter extralegal o ingreso con motivo de este contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales”.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación y enriquecimiento sin causa del demandante (folios 342 a 354 y 446 a 447).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de abril de 2021, resolvió **declarar** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de marzo de 2012 hasta el 23 de noviembre de 2018, desempeñando el cargo de Diseñador Gráfico, devengando como último salario la suma de \$3.940.142; **declarar** que el demandante es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo y los Laudos Arbitrales suscritos entre la demandada y Sintrafec; **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las acreencias causadas con anterioridad al 19 de junio de 2016, con excepción de las cesantías y las vacaciones, y probada la de buena fe; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor las sumas correspondientes por concepto de primas extralegales de servicios para los años 2016, 2017 y 2018, primas extralegales de vacaciones por el período no prescrito, reliquidación de las cesantías y sus intereses por los años 2016, 2017 y 2018, todo ello debidamente indexado al momento del pago; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones invocadas por el demandante y **condenar** en costas a la encartada (Cd. a folio 454).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, de las pruebas documentales obrantes en el expediente se constata que el actor prestó sus servicios a la encartada mediante un contrato de trabajo a término indefinido que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

extendió entre el 1° de marzo de 2012 y el 23 de noviembre de 2018, en el cargo de Diseñador Gráfico. Refiere que en las Convenciones Colectivas de Trabajo se estipuló su aplicación a todos los trabajadores de la convocada, sin que para ello fuere condición la afiliación al sindicato o el pago de la cuota sindical, siendo la única razón para excluir al trabajador de sus beneficios, que éste haya renunciado a ellos expresamente, presupuesto que no se constata en este caso, por manera que el actor es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo, máxime que la última Convención (1998-1999), no perdió vigencia, ni se pactó en ella que no tuviera alcance frente a todos los trabajadores, conclusión que se ajusta a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia. En ese orden, consideró procedente acceder al reconocimiento de las primas deprecadas y la reliquidación de las cesantías y sus intereses, dado que la prima extralegal de vacaciones tiene carácter salarial, por virtud de la convención. Concluye indicando que no se advierte mala fe de la empleadora al no reconocer al demandante los beneficios convencionales, dado que existen motivos para que la empleadora creyera no deberlos, como que el actor no se afilió al sindicato, nunca efectuó pago de cuota sindical y la organización sindical dejó de ser carácter mayoritario.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis como motivos de reparo que, en sentencia del 20 de febrero de 2018, radicación 55436, la Corte Suprema de Justicia indicó que *“(…) así las cosas observa esta Sala que desde el año 2006, esta Corporación de manera didáctica y reiterativa ha explicado al censor las razones jurídicas para la aplicación de la Convención Colectiva y muy a pesar de ello, aquel insiste en inaplicarla a sus trabajadores sin justificación alguna conducta no constitutiva de buena fe (..)”*, por manera que es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria deprecada.

A su turno, la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que, el Juzgado no analizó la evolución de la aplicación de la Convención Colectiva y omitió dar aplicación a la sentencia del Tribunal



Superior de Bogotá, emitida *“el 18 de diciembre”*, en la cual se estableció que no se debe aplicar la CCT a los trabajadores que no se afiliaron a la organización sindical, como es el caso del actor. Amén que éste de mala fe pretende beneficiarse de dichas normas, pese a que durante la ejecución del contrato de trabajo no manifestó su intención de que le fueren aplicadas, y solamente hace la respectiva reclamación una vez feneció el vínculo laboral. Añade que, tampoco se analizaron las circulares emitidas por la demandada en las cuales claramente comunicó a sus trabajadores sobre la necesidad de informar su intención de efectuar los pagos de cuotas sindicales, dado que el sindicato perdió su carácter de mayoritario. Refiere que en el contrato de trabajo celebrado por las partes que no fue tachado por el actor, se estipuló que los beneficios extralegales, entre los que se encuentra la prima de vacaciones, no constituyen factor salarial, tesis que además, fue acogida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso 39 2017 00041 de Jorge Raúl Gómez Soto, de suerte que no hay lugar a la reliquidación de las prestaciones, como lo determinó el Juzgado de Conocimiento. Precisa que sin darle paso a la aceptación de la condena relacionada con el reajuste de las cesantías, el Juzgado no efectuó correctamente la operación aritmética a que hubiere lugar, pues procedió a sumar el valor de la prima de vacaciones a las cesantías, cuando lo correcto era dividir el monto total de la prima de vacaciones entre 12 al año o de manera proporcional. Finalmente, precisa que la prima de vacaciones surge con ocasión a período disfrutado de vacaciones, de suerte que no es procedente acceder a su pago por el último año, dado que por sustracción de materia, el actor no disfrutó ningún período de vacaciones.

**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: Este extremo procesal persigue la revocatoria del fallo impugnado, por cuanto advierte que en la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2019 emitida por esta misma Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de Dayana Katherine Hernández contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, radicado 11001310500820170061001, se determinó con total claridad que los beneficios derivados de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y Sintrafec, no son aplicables a trabajadores que no tengan la calidad de sindicalizados. Añade que en relación con las indemnizaciones moratorias solicitadas en las pretensiones de la demanda y en el recurso de apelación, le asiste razón al despacho de primera instancia, pues la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se genera por el incumplimiento con el pago de las cesantías legales y no sobre diferencias que se causen de las mismas, máxime cuando la diferencia que se alega proviene de beneficios convencionales, tal y como también lo refirió el Tribunal en la sentencia del 6 de octubre del 2017, dentro del proceso 2015 00090.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y los recursos de apelación propuestos por ambas partes, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², si se cumplen los parámetros normativos y probatorios para concretar la extensión de los beneficios convencionales al demandante; derivado de ello, definir la connotación salarial de la prima de vacaciones extralegal, junto con la reliquidación de las cesantías y sus intereses.

Por último, estudiar si la conducta desplegada por la demandada Federación Nacional de Cafeteros, se enmarca en aquella establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para hacerse acreedor de la condena allí estatuida.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así establecido por el Juzgado de Conocimiento y sobre ello las partes no efectuaron ninguna oposición; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, certificado emitido por SINTRAFEC (fls.44), contrato de trabajo a término fijo (fls. 21 a 22 y 355 a 356), contrato de trabajo a término indefinido y otro sí (fls. 21 a 22 y 357 a 363); carta de

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



terminación del contrato de trabajo (fl. 23 y 411), certificación laboral (fl. 24 y 364), reajuste perfil cargo demandante (fl. 25); comunicación de anticipo de cesantías (fl. 26); comprobantes de nómina (fls. 27 a 29 y 376 a 410); Convenciones Colectivas de Trabajo (fls. 30 a 230 y 257 a 313) documentos relacionados con la etapa de arreglo directo entre la demandada y Sintrafec (fls. 231 a 245); Laudo Arbitral (fls. 246 a 256); certificación existencia organización sindical Sintrafec (fl. 365), liquidación final del contrato de trabajo (fl. 366), liquidación cesantías y comprobantes de pago (fls. 367 a 374), circulares expedidas por la demandada (fls. 412 y 450 vuelto); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que JOHNNATAN YESID LÓPEZ CALDERÓN laboró al servicio de la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA desde el 1º de marzo de 2012 bajo la modalidad contractual laboral de término fijo, la cual a partir del 1º de julio de 2014, fue modificada a término³ indefinido, ejecutando como último cargo el de Diseñador Gráfico⁴ y devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma final de \$3.940.142 (fl. 24), mismo que feneció el 23 de noviembre de 2018 por despido sin justa causa (folio 23); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en los recursos de alzada⁵.

EXTENSIÓN DE BENEFICIOS CONVENCIONALES

Reclama la parte demandante desde el cuerpo del *libelo genitor*, se conceda la calidad de beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la pasiva y el Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Sintrafec.

³ Folios 19 a 22

⁴ Folio 25. .

⁵ Artículo 66A del CST.



Bajo esos términos no discutidos, la parte convocada a juicio presentó reparo ante este Juez Colegiado, en lo atinente al cese de otorgamiento de prestaciones extralegales a la totalidad de trabajadores no sindicalizados, según la evolución de las Convenciones Colectivas que a su juicio no fue analizada por el *a quo*.

Demarcado lo anterior, necesario resulta precisar que de conformidad con los textos extralegales militantes a folios 31 a 229 y 257 a 311, que cuentan con constancia de depósito, se logra evidenciar que en la adiada 3 de septiembre de 1965 se acordó, en el artículo 40, que su aplicación se extendería a «...*todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de la SOCIEDAD ANÓNIMA ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. 'ALMACAFE'.*».

Reglamentación que emana diáfananamente *iterada* en las Convenciones Colectivas de Trabajo para las anualidades 1974 – 1976 en su artículo 33 (fl. 91), artículo 33 del texto convencional correspondiente a las anualidades 1978-1980 (fl. 166), artículo 28 del texto para las anualidades 1980 – 1982 (fl. 195), artículo 27 de la Convención Colectiva 1982-1984 (fl. 218), artículo 16 del texto convencional vigente para las anualidades 1984-1986 (fl. 228); mismas que, ha de precisarse, fueron ejecutadas en el marco de la voluntad de las partes, como materialización del derecho a la negociación colectiva.

En símil medida, conveniente es referir que dentro del Laudo Arbitral del 4 de septiembre de 1986⁶ se evidencia taxativamente la inclusión de «*quedan vigentes los acuerdos celebrados en las etapas de arreglo directo y mediación entre las empresas...y ... Sintrafec, que no se modifiquen por este Laudo*», por manera que, trasladándose la Sala a las actas de arreglo directo y mediación, se halla que en aquella titulada acta de finalización

⁶ Folios 246 a 254.



de la etapa de mediación, las partes anunciaron como acuerdos, en el numeral 2º *«en cuanto a los puntos de: continuidad de prestaciones y derechos, compensación de prestaciones y derechos, publicación de la convención y aplicación de la convención, como están estipulados en convenciones anteriores»* (folio 243).

De suerte que, al emanar diáfano que la prolongación de los derechos extralegales convencionales para todos los trabajadores, no fue objeto de consentimiento en los términos del artículo 471 del C.P.T. y S.S., con ocasión al carácter mayoritario de la organización sindical, sino que aquello fue convenido expresamente por las partes, sin que tal acuerdo hubiere sido modificado o extinguido expresamente con posterioridad, pues así no se encuentra acreditado en el plenario, considera la Sala que el demandante sí es beneficiario de los textos extralegales suscritos por la demandada con la organización sindical.

Criterio que encuentra validez en las conclusiones de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, al explicar que de la intelección de su reglamentación es innegable la extensión para aquellos trabajadores, sindicalizados o no, de la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y, sin que afectara la calidad de Organización minoritaria. Entre ellas, la providencia con radicación 38463 de 2012, reiterada en sentencia SL19487-2017 al señalar:

«...considera la Sala importante destacar que la intención de los contratantes de extender la convención a todos los trabajadores, sin que el pago de la cuota al sindicato fuera condición para ello, se reafirma con unas estipulaciones incluidas en algunas convenciones, por ejemplo la de los años 1982 a 1984 en cuyo artículo 24 se consignó: “Los trabajadores no sindicalizados que así (sic) mismo se beneficien de la presente Convención Colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos, respectivos, (sic) pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% del salario devengado por el trabajador, a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva...”, de donde es fácil inferir que solamente en el caso de renuncia expresa del trabajador a los beneficios convencionales no se le aplicarían los mismos, situación que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*aquí en todo caso no ha sido alegada, **pues la empresa ha sustentado la inaplicación al actor de las prerrogativas de la convención por el carácter minoritario del sindicato y por el no pago de las cuotas, siendo que estas situaciones no excusan de la extensión de dichos derechos.***

(..)

“..La parte demandada dijo en la contestación de la demanda que la cláusula de extensión a todos los trabajadores se prolongó hasta el 31 de marzo de 1988, cuando Sintrafec comenzó a ser un sindicato minoritario, pero esa no es la realidad que muestran las pruebas pues a partir del laudo arbitral de 1986 si bien no se reprodujo textualmente la cláusula sí se garantizó la continuidad de las normas vigentes antes, de donde es dable deducir que la referida cláusula sobre extensión a todos los trabajadores, en los términos en que fue concebida en la convención que antecedió al laudo, continuó surtiendo plenos efectos hasta el momento en que terminó el contrato de trabajo del actor.”

*De manera que **se reafirma lo dicho en sede de casación sobre la vigencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores de la demandada, incluido desde luego el demandante...***

Bajo tal entendimiento, encuentra indiscutible esta Sala de Decisión que el actor es beneficiario de las convenciones cuya aplicación solicita, aún sin encontrarse demostrada su afiliación al sindicato, pues dichas disposiciones le aplican a la totalidad de los trabajadores de la Federación, tal y como lo concluyó el Juzgado de primera instancia, siendo importante advertir además, que la sentencia proferida por este Tribunal, a la que hace alusión la parte demandada, no fue emanada de esta Sala de Decisión, en tanto esta acoge sobre el particular el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, y en virtud del cual no es procedente atender las circulares proferidas por la convocada, en las que exige a sus trabajadores no sindicalizados expresar su voluntad de acogerse a los beneficios convencionales y hacer el respectivo aporte sindical, como se observa a folio 450 vuelto, por cuanto se insiste, ello no impide la extensión de los derechos que ellas contienen.



PRIMA DE VACACIONES CONVENCIONAL – CONNOTACIÓN SALARIAL Y RELIQUIDACIÓN

Otro de los reclamos de la pasiva se encuentra encaminado a negar el carácter salarial de la prima de vacaciones y por ende la reliquidación de las cesantías y sus intereses, que le fueron reconocidos al demandante, bajo el argumento que desde el contrato de trabajo, las partes celebraron un pacto de exclusión salarial sobre todas aquellas prestaciones extralegales que son reconocidas por la empleadora, tesis que según su dicho, se encuentra respaldada por la sentencia proferida por el Tribunal dentro del proceso 2017 00041.

Sobre el particular, precisa la Sala que el A Quo concluyó la incidencia salarial de la prima de vacaciones con sustento en el artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo 1996, regulación que prescribió (fl. 299):

«Artículo 9º. Prima de vacaciones. A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, **que la prima de vacaciones constituye factor salarial.**

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagaran (...)»

Ahora bien, tal como lo indicó la parte pasiva en su alzada, en el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes, se estableció en su cláusula segunda que *«Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales»* (fl. 21).



De lo expuesto emana que, sobre la prima de vacaciones existen dos normas vigentes que regulan su alcance salarial de manera disímil, pues mientras la Convención Colectiva de Trabajo, la considera salario, el contrato de trabajo, le resta tal carácter.

Pues bien, para resolver tal problemática conviene a la Sala precisar que en tratándose de acuerdos de orden colectivo, estos deben ser tratados de igual manera como cualquier norma de origen laboral, al ser igualmente fuente de derecho, por manera que su intelección debe erigirse a partir de los principios de favorabilidad ante varios criterios razonables, interpretación conforme a la Constitución Política, y dada su naturaleza de norma voluntaria, contractual y reguladora, debe recurrirse al espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes.

Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia, cuando al referirse al alcance normativo de la Convención Colectiva de Trabajo, refirió en la sentencia SL531-2018, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, que:

«En la referida dirección, la Corte juzga prudente comenzar por reiterar que la convención colectiva de trabajo constituye un importante elemento del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral colombiano, de manera que, sin lugar a dudas, ostenta una clara naturaleza de «norma jurídica», que regula las relaciones de trabajo entre quienes la suscriben. Así lo ha reconocido invariablemente esta sala de la Corte al rescatar su carácter de fuente formal de derecho y la fuerza vinculante de la que goza, así como la posibilidad de que prevalezca sobre la ley, en sentido abstracto, al imponer mayores beneficios para los trabajadores (ver CSJSL, 4 mar. 2009, rad. 34480). En la sentencia CSJ SL, 23 en. 2009, rad. 30077, la Corte subrayó que:

No cabe ninguna duda de que la convención colectiva de trabajo es figura insigne del derecho colectivo de trabajo, como que traduce una de las expresiones más vigorosas del derecho y de la libertad de negociación colectiva, que la Constitución Política y las leyes garantizan, fomentan, estimulan y promueven, en tanto comportan verdaderas fuentes de paz laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Su vocación natural –en la que subyace un hondo sentido social y humano– es el mejoramiento de las condiciones de trabajo de los asalariados, a través del logro de beneficios que superan los previstos en los textos legales. A propósito de su trascendencia social y jurídica, la Corte, en sentencia del 29 de octubre de 1982, asentó:

“(…) La convención colectiva de trabajo es considerada la institución central del derecho colectivo de trabajo y el mayor logro de los esfuerzos y luchas del sindicalismo por situarse en la contratación laboral frente al patrono en un plano de igualdad para la regulación de las condiciones de trabajo. Su finalidad inmediata es el mejoramiento del nivel de existencia de los trabajadores, obteniendo para éstos prerrogativas económicas y sociales superiores a las que consagra la ley. Esta es una filosofía jurídica y social aceptada por el Estado moderno como necesidad primordial en el mantenimiento de las instituciones propias de la democracia que permite hacer todo aquello que la ley no prohíbe”.

Más recientemente, en las sentencias CSJ SL4934-2017, CSJ SL16811-2017 y CSJ SL17949-2017, la Corte señaló al respecto:

La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra fundamento en el derecho a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tienen la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular sus relaciones, se estipulan las obligaciones y derechos de los sujetos del contrato de trabajo, así como las mejoras laborales que superen las garantías y beneficios que las leyes otorgan a los trabajadores.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía de la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, entre otros.

De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo. (Resalta la Sala).

Ahora bien, por el carácter esencialmente normativo de la convención colectiva de trabajo, resulta apenas obvio que en el ámbito de su aplicación se generen dudas razonables en torno a su contenido y alcances, que deben ser resueltas a partir de las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como, entre otros, el principio de interpretación conforme con la Constitución Política, el indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autoreguladora, el espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes, entre otras (Ver CSJ SL, 4 ag. 2009, rad. 35433, CSJSL, 23 sep. 2009, rad. 32835, CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 38750, CSJ SL17030-2016).
(Subraya fuera de texto.

Bajo las premisas anotadas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, y partiendo del presupuesto que las disposiciones de la Convención Colectiva de Trabajo se entienden incorporadas al contrato de trabajo, es que debe darse primacía a aquélla disposición del acuerdo convencional que le otorga el carácter salarial a la prima de vacaciones deprecada; no sólo porque la misma reivindica el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política y la ley laboral, sino también, porque tal interpretación resulta acorde con la voluntad de los contratantes que suscribieron la convención y con la finalidad de ésta, que no es otra que mejorar las condiciones de existencia de los trabajadores a través de concesiones económicas y sociales superiores a las que la misma ley consagra.

Así las cosas, no podrá la Sala prevalecer al pacto de desalarización celebrado entre las partes en litigio en el contrato de trabajo, respecto de la prima de vacaciones, porque no corresponde a la disposición con el alcance más favorable para el trabajador, dado que se *itera*, existen dos normas que regulan la mentada prestación, y por cuanto desmejora las condiciones pactadas en la Convención Colectiva de Trabajo.

Conduciendo a mantener la decisión del Juzgado de Conocimiento en relación con el carácter salarial de la prima de vacaciones deprecada,



la cual implica la reliquidación de las cesantías y su derecho accesorio, esto es, los intereses a las cesantías.

Ahora bien, en punto al reparo que efectúa la Federación Nacional de Cafeteros en cuanto a la prima de vacaciones reconocida por el *a quo* para el año 2018, pues a su juicio la misma no era procedente, dado que el actor no disfrutó de un período vacacional, considera la Sala pertinente recurrir al texto convencional que consagra tal prestación, para efectos de resolver tal punto de controversia, para lo cual se tiene que el artículo 30 de la Convención Colectiva de Trabajo 1965, prescribe (fls. 40 a 41):

«ARTÍCULO TRIGÉSIMO:-PRIMA DE VACACIONES:

a) *EL PATRONO pagará a sus trabajadores con contrato a Tiempo Indefinido, una prima en el momento de disfrutar las vacaciones, en la siguiente forma:*
(..)

b) *Se compensarán en dinero las vacaciones y la prima correspondiente a aquellos trabajadores con contrato de Tiempo Indefinido y de contrato a Término Fijo- que se retiraren del servicio del PATRONO, siempre que hubieren trabajado más de cuatro (4) meses, proporcionalmente al tiempo servido, y que su retiro no sea ocasionado por mala conducta.*

Este reconocimiento proporcional se refiere al período de vacaciones no causadas por no tener el año completo de labores;

c) *Además de la compensación en dinero consignada por la Ley, la prima de vacaciones se pagará también en el caso de que el contrato de trabajo haya terminado sin que el trabajador hubiere disfrutado en su oportunidad las vacaciones causadas con anterioridad.*
(..)» (Subraya fuera de texto)

Del texto convencional en referencia, es diáfano que el pago de la prima de vacaciones no está supeditado al disfrute del período vacaciones, contrario a lo esgrimido por la parte pasiva, pues tal disposición refiere sin dubitación alguna su reconocimiento de manera proporcional, aun cuando no se ha cumplido el año de prestación de servicios, que genera el disfrute de tales vacaciones, motivo por el cual acertó el Juzgado de



primera instancia al reconocer la prima de vacaciones por el período que corresponde al año 2018, que lo fue por 323 días.

En cuanto a los reparos elevados contra la sentencia fustigada, por el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros, sobre la fórmula de liquidación que aplicó la sentenciadora de instancia para efectos de reliquidar las cesantías y sus intereses, incluyendo como factor salarial la prima de vacaciones, constata la Sala que evidentemente, la Juzgadora erró en tal procedimiento, porque al hallar las cesantías, sumó el valor total de la prima de vacaciones al salario devengado por el convocante durante los años 2016, 2017 y 2018, cuando lo procedente era considerar únicamente la doceava parte del total de la prima o de la proporción inferior al año.

De manera que, procede la Sala a efectuar la corrección pertinente, para lo cual se refieren los siguientes valores, que dicho sea de paso, fueron definidos por el Juzgado de Conocimiento, y sobre los que no existe discusión en esta instancia:

AÑO	PRIMA DE VACACIONES	DOCEAVA PRIMA DE VACACIONES O PROPORCIÓN AÑO	SALARIO	CESANTÍAS PAGADAS	VALOR REAL CESANTÍAS	DIFERENCIAS CESANTÍAS
2016	\$3.382.575	\$281.876	\$3.473.939	\$3.473.339	\$3.755.815	\$282.476
2017	\$5.112.185	\$426.015	\$3.717.115	\$3.717.115	\$4.143.130	\$426.015
2018	\$3.756.269	\$375.627	\$3.940.142	\$3.535.183	\$4.315.769	\$780.586
				TOTAL DIFERENCIAS CESANTÍAS		\$1.489.077

En igual sentido, en lo que se refiere a los intereses a las cesantías, se advierten los siguientes valores:



AÑO	INTERESES CESANTÍAS PAGADOS	VALOR REAL INTERESES	DIFERENCIAS
2016	\$416.873	\$450.698	\$33.825
2017	\$446.054	\$497.176	\$51.122
2018	\$380.621	\$517.892	\$137.271
TOTAL DIFERENCIAS INTERESES CESANTÍAS			\$222.218

Así, se tiene que la demandada adeuda a favor del trabajador a título de diferencias en las cesantías, únicamente el valor de \$1.489.077 entre los años 2016, 2017 y 2018, y por concepto de diferencias en los intereses a las cesantías la suma de \$222.218 por las mismas anualidades, por manera que habrá de modificarse la sentencia de primera instancia en este sentido.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

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

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



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

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

Ahora, descendiendo a los reparos elevados por la apoderada de la parte demandante sobre la procedencia de la indemnización moratoria, pertinente resulta indicar que tal pedimento no encuentra prosperidad para esta Sala de Decisión, por cuanto se sustenta en los derechos extralegales que se reclamaron en el libelo genitor, respecto de los cuales la encartada tenía el firme convencimiento sobre su improcedencia, dado que para ella tales derechos se habían extinguido para los trabajadores no sindicalizados, al perder la organización sindical su condición de sindicato mayoritario desde el año 1988, según certificación visible a folio 365, como así lo expresó en su contestación de la demanda

Convencimiento que además la llevó a no considerar al demandante como beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Federación y el sindicato Sintrafec, por cuanto éste nunca se afilió a tal organización, ni procedió a pagar la correspondiente cuota



sindical, y es por ello que, la encartada creyó no ser sujeto de dichas obligaciones. Tal justificación resulta atendible para la Sala de Decisión y motiva la inaplicación de la sentencia que trajo a colación la parte activa en su alzada.

Dimanando en la confirmación del fallo impugnado sobre este aspecto.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR los **LITERALES c) y d)** del **NUMERAL CUARTO** de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 14 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** a pagar a favor del actor por reliquidación de cesantías por los años 2016, 2017 y 2018 la suma de \$1.489.077 y por reliquidación de los intereses a las cesantías por las mismas anualidades, la suma de \$222.218, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA CONSUELO BERNAL SARMIENTO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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



12201900061 01 2

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Olga Bibiana Hernández Téllez** identificada con cedula de ciudadanía No. 52.532.969 y tarjeta profesional 228.020 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Protección.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Juanita Alexandra Silva Téllez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.023.967.067 y tarjeta profesional 334.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARÍA CONSUELO BERNAL SARMIENTO** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que puede ser trasladada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, se ordene a Colpensiones aceptar el traslado a dicha entidad permitiendo que realice sus aportes al RPM; ordenar a la AFP Protección aceptar su traslado permitiendo su desafiliación; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 2 a 3 y 102 a 103).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 y 103 a 105, que en síntesis advierten que se trasladó del RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin ninguna asesoría y desconociendo los beneficios y ventajas de cada régimen; que a la fecha tiene cotizadas 907,85 semanas, de las cuales 516,71 han sido aportadas a la AFP Protección; que hace aproximadamente 8 años no efectúa aportes a pensión, depende económicamente de su cónyuge, quien no percibe más de 3 SMLMV, amén que es madre de 4 hijos, dentro de los cuales se encuentra una joven que presenta una discapacidad cognitiva, intelectual y una PCL de 72,48% y es por ello que considera que el RPM le es más beneficioso, en tanto puede hacer aportes a través del Consorcio Colombia Mayor; que en el mes de julio de 2017 solicitó a la AFP Protección su traslado de régimen, el cual le fue negado por la citada. Refiere que también solicitó su traslado a



Colpensiones, entidad que después de diferentes peticiones, y de haber promovido una acción de tutela, le negó su requerimiento por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad mínima de pensión.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió, de suerte que la elección de régimen y de administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones. Agrega que la demandante no demuestra error, fuerza o dolo en su afiliación a la AFP, de manera que no procede la nulidad y o ineficacia, pues al ser taxativas las causales de nulidad, estas deben ser acreditadas. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 33 a 40 y 119 a 127).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la demandante se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, la cual se protocolizó a través del formulario de vinculación que cumple todos los requisitos contenidos en el artículo



11 del Decreto 692 de 1994, por manera que no existe razón para que Protección traslade a su afiliada al RPM, en tanto no existió vicio del consentimiento, ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buen fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, y la genérica. (fls. 64 a 73 y 111 a 118).

Finalmente, la vinculada en calidad de litis consorcio necesario **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, además, pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de la AFP, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de similar año, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados, como para el público en general. Sumando a ello que, las características, condiciones, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual se encontraban claramente establecidos en la ley, por lo que si la actora hubiese sido una persona diligente, habría podido constatar además de la información otorgada en su momento, las condiciones del régimen por ella seleccionado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no



debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 148 a 168 y 174 a 188).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 5 de mayo de 2021, resolvió **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora; **declarar** probada la excepción de inexistencia de prueba de perjuicio con miras a la causal de nulidad e ineficacia de la relación jurídica de afiliación y **sin condena** en costas. (Cd. a folio 122).

Lo anterior por considerar el *A quo* que de conformidad con la sentencia SL1452-2019 y sus aclaraciones de voto, debe determinarse el perjuicio que el traslado de régimen le implicó a la demandante de cara al derecho pensional, concluyendo que, del material probatorio obrante en el proceso, este no se constata en el sub *examine*, porque no existe claridad respecto a que la demandante cuente con un derecho cierto a la pensión, pues la edad mínima para el efecto la cumpliría el 29 de mayo de 2027, sumando a ello que, cuenta con 907,85 semanas de cotización, siendo claro que resulta diferente el número de semanas que se exige en el RPM en relación con el RAIS en tratándose de la garantía de pensión mínima, que de no alcanzarse le deja a la actora la opción favorable de la devolución de saldos, conforme a sus rendimientos financieros. Concluye indicando que en el RAIS también es posible el aporte a través del fondo de solidaridad pensional, al igual que acceder a la



pensión anticipada de vejez por hijo inválido, por manera que, al no evidenciarse un perjuicio ostensible de la demandante, su afiliación al RAIS está llamada a surtir todos sus efectos.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante **MARÍA CONSUELO BERNAL SARMIENTO**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, las AFP llamadas a juicio le indujeron de manera errónea a migrar al RAIS, al no brindarle una asesoría personalizada y específica sobre los beneficios y consecuencias del traslado, circunstancia que dio lugar a un vicio del consentimiento que genera la nulidad del acto jurídico de afiliación. Refiere que es indispensable cumplir con el deber de información por la incidencia que el traslado tiene sobre los derechos prestaciones que cubre el Sistema General de Pensiones, obligación que al ser desconocida por la AFP, deviene en la ineficacia, conforme lo establecido en la sentencia SL1452 de 2019, lo cual en el presente caso no se constata del material probatorio obrante en el expediente, por lo que no puede inferirse la existencia de una manifestación libre y voluntaria de parte de la demandante. Aduce que la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha señalado que, con anterioridad al cambio de régimen, debe informarse al usuario como mínimo, las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada régimen, así como los riesgos y consecuencias que el traslado genera para cada afiliado. Concluye indicarse que no debe pasarse por alto que pese a tener un hijo inválido, no se le asesoró sobre la pensión anticipada que para la época sólo existía en el RPM, amén que se trata



de una persona que trabaja con foami y que no tiene la posibilidad de efectuar sus cotizaciones por el valor total, siendo claro que su opción de seguir aportando, es a través del régimen subsidiado en el RPM, de suerte que su permanencia en el RAIS, le genera un perjuicio, contrario a lo concluido por el *a quo*.

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 **PROTECCIÓN** aduce que todas las actuaciones de la AFP están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por ella lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; amén que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss. Refiere que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, esta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para el efecto. Indica que los consumidores financieros tienen el deber de estudio sobre situaciones, contratos y productos que desean adquirir, puesto que son sus situaciones las que se verán afectadas por una acción u omisión dolosa o culposa de alguna entidad, por eso es necesaria la comprensión amplia y clara



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 9

sobre los productos que contratan, pues de esta manera pueden tomar una decisión informada, adecuada, consciente y beneficiosa sobre situaciones concretas de su vida personal o de otra índole. Advierte que en caso de considerar una eventual condena de asumir con sus propios recursos los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, la cual tendrá que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, y en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de ineficacia y/o nulidad de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que acertó el Juzgador al valorar en debida forma las condiciones particulares de la demandante, pues es claro que (i) la figura de la ineficacia no opera de plano, en tanto deben verificarse las particularidades de cada caso (ii) la demandante señaló dentro del interrogatorio que se encuentra desempleada hace 10 años, (iii) a la fecha de la contestación acreditaba 912 semanas (iv) la mayoría de sus cotizaciones no fueron superiores a 1 salario mínimo (iv) su motivación de retorno tiene que ver con la adquisición de una mesada pensional de sobrevivencia para su hija discapacitada, prestación que de igual manera puede adquirir en el RAIS bajo las mismas condiciones. En este sentido, a la demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 10

le es mas favorable permanecer vinculada en el RAIS, como bien lo estableció el Despacho de origen, e incluso declarar dicha ineficacia sería generarle un perjuicio real a la demandante. Añade que, si eventualmente se opta por acceder a las pretensiones de la demanda, la orden respecto de la devolución de los gastos de administración resultaría improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez 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. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último



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

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

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 solicitud elevada ante Colpensiones tendiente a obtener la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, por manera que tal requisito se entiende agotado con la presentación de la demanda.



PROBLEMA JURÍDICO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 9); partida y registro civil de matrimonio (fls. 10 a 11); registros civiles de nacimiento de los hijos de la demandante (fls. 12 a 15); certificado PCL de Paula Daniela Salazar Bernal (fl. 16); certificación laboral expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social (fls. 17 a 18); comunicaciones programa ser pilo paga (fls. 19 a 21); historia laboral expedida por la AFP Protección (fls. 17 a 24 y 81 a 87); comunicaciones expedidas por



Colpensiones (fls. 25 y 28); telegrama emitido dentro de la acción de tutela 2017-0074 (fl. 27); certificación SIAF-ASOFONDOS (fl. 65, 88, 170 a 171, 189 y 191); formulario de afiliación AFP Colmena hoy Protección (fl. 74); historia laboral para bono pensional (fl. 75 a 80); comunicados de prensa (fls. 93 a 94 y 192 a 193); formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 169 y 190); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fl. 172 y 194); actualización de información de la demandante (fl. 308 a 309); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 121) e interrogatorios de la parte demandante, la AFP Porvenir y la AFP Protección. (Cd. a folio 122).

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

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran



creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 15

los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se



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

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

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

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

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con



ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

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

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

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

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

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

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

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 18

artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 19

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12201900061 01 20

y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 21

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

12201900061 01 22

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

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

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

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

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

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

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

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



6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 24

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 25

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 27

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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



hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de julio de 1987 hasta el 31 de mayo de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita en el expediente administrativo obrante a folio 121 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 18 de julio de 1996, según se constata del formulario de afiliación obrante a folio 169; finalmente, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección el 31 de marzo de 1997 (fl.74), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la



expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 190), el cual conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia no tiene la virtud de demostrar un consentimiento informado.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que se trasladó al RAIS porque consiguió un nuevo trabajo en donde la afiliación a pensiones se llevó a cabo a la AFP Porvenir y que recibió una asesoría grupal, de la cual recuerda únicamente que el asesor de la citada, le indicó que sus ahorros generarían rendimientos financieros (Cd. a folio 122).

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 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

En virtud de lo hasta aquí expuesto, es claro que la Sala no comparte la decisión proferida por el Juzgado de Conocimiento, pues pese a que tomó como sustento, entre otras la sentencia SL1452-2019, decisión que reitera la posición jurisprudencial que ha asumido la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y que fue expuesta con anterioridad, no dio aplicación íntegra a dicho precedente, pues echando mano de aclaraciones y salvamentos de voto, denegó las pretensiones incoadas



por la actora, al no encontrar que su afiliación al RAIS le generó claros e inmediatos perjuicios sobre su derecho pensional, exigencias que no se encuentran establecidas por el criterio de la Sala mayoritaria de la Alta Corporación, dado que a las voces de la sentencia en mención, la constatación del deber de información por parte del Juzgador es ineludible, pues las AFP desde su creación tienen el deber de brindar asesoría a los afiliados o usuarios del Sistema pensional, a fin de que estos puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, obligación que al no demostrarse cumplida en el *examine*, da lugar a la ineficacia de la afiliación de la convocante a juicio como ya se anotó.

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

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

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



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

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los gastos de administración, al ser la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»*, y contar con el propósito final de la misma, a saber, lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión de la afiliada que retorna.

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

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

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900061 01 33

u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...

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

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

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

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Ahora, en lo referente a los demás vínculos suscritos en disimiles AFP, necesario es indicar que bajo los preceptos del artículo 1746 del Código Civil, uno de los efectos de la nulidad del nexo, es la de ser restituidos al estado en que se *«hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»*, en esa medida, no puede acotarse la reafirmación del traslado sino la evidencia en la continuidad del error. A lo precedente se suma, que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, ratificadas en sentencia del 22 de noviembre de 2011, indicó:

«Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no



implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales».

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

DE LA PRESCRIPCIÓN

Las entidades convocadas a la acción ordinaria laboral elevaron como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad. Agregando PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles.

Empero, preciso es referir que para el *sub examine*, el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del Código Civil, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo se escapa de dicha naturaleza, y obtiene el nivel de fundamental e imprescriptible.

Por manera que, al encontrarse inmerso en el debate el derecho pensional, en lo que concierne a su adecuado goce y protección, no resulta viable equiparar los términos de prescripción con aquellos que son dados para componentes ajenos o accesorios a una prestación, cuando la materia reclama un resguardo adicional y de carácter supra



legal, máxime, cuando las consecuencias de aquel actuar contrario a derecho de la AFP PORVENIR S.A., aún permea los derechos pensionales de la reclamante. Resta señalar que, al no consolidarse el derecho al riesgo de vejez, no puede predicarse prescripción.

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

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de las administradoras PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES liquidense 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 apelada proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 5 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 18 de julio de 1996, por **MARÍA CONSUELO**



BERNAL SARMIENTO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **MARÍA CONSUELO BERNAL SARMIENTO**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales y sin efectuar descuento por gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir nuevamente a **MARÍA CONSUELO BERNAL SARMIENTO**, teniendo como semanas efectivamente cotizadas por la demandante, todas aquellas que, en el periodo de ausencia por el acto nulo, logró cotizar.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12201900061 01 37

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.**

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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