



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NOHORA NELLY PARRA DE SIERRA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 **Lorena Isabel Usuga Higuita** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.014.191.624 de Bogotá y tarjeta profesional 225.203 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

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»



Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Dannia Vanessa 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 **NOHORA NELLY PARRA DE SIERRA** a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003 desde el 22 de junio de 2017, fecha en la cual alcanzó su estatus pensional; en consecuencia, se condene a la demandada al retroactivo pensional causado desde tal data, la devolución de los aportes realizados con posterioridad, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (folio 1 archivo 01 y archivo 03 subsanación demanda del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 archivo 01 y 2 a 4 archivo 03 subsanación demanda del expediente digital, que en síntesis advierten que nació el 22 de junio de 1960, motivo por el cual cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2017. Señala que se afilió al otrora ISS el 28 de noviembre de 1978, trasladándose hacia el mes de octubre de 2000, a la AFP Porvenir S.A. Aduce que el 23 de marzo de 2018 solicitó ante Colpensiones su traslado al RPM por acreditar las condiciones exigidas en la sentencia SU 062 de 2010, entidad que en comunicado del 16 de mayo de símil año, le indicó que su petición se trasladaría a Asofondos, a efectos de establecer si es procedentes el traslado de régimen pensional a la luz de la sentencia referida. Que el 20 de marzo de 2019 la AFP Porvenir le informó que su retorno al RPM fue aprobado y materializado el 1º de julio de 2018, por lo que desde tal data sus aportes fueron remitidos a



Colpensiones. Agrega que en solicitud del 17 de noviembre de 2018, requirió a Colpensiones para que procediera a corregir su historia laboral, incluyendo las semanas cotizadas en el RAIS, frente a lo cual la administradora le comunicó que se encontraba realizado el procesamiento de su información, a fin de normalizarla. Que a corte del 17 de mayo de 2019 no se registraban las semanas aportadas entre el 1º de octubre de 2000 y el 31 de julio de 2018, por manera que no tuvo otra alternativa que continuar efectuando cotizaciones al Sistema General de Pensiones. Indica que hasta el 18 de febrero de 2020, encontró acreditado un total de 1.927 semanas, teniendo como última cotización el 31 de agosto de 2019, e igualmente, que el 15 de enero de 2019 solicitó ante la llamada a la acción el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida en Resolución SUB 242821 del 5 de septiembre del mismo año, en cuantía inicial de \$4.897.574, la cual fue modificada en valor de \$4.909.928, a través de la Resolución SUB 284836 del 15 de octubre de 2019. Concluye indicando que la demandada omitió considerar que adquirió su estatus pensional desde el 22 de junio de 2017.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que según la historia laboral de la demandante, se observó que laboró en calidad de dependiente con el empleador BANCO COOMEVA S.A., y que la última cotización reportada por dicho empleador al momento de realizar el estudio prestacional fue hasta el 31 de agosto de 2019, por lo cual la prestación fue reconocida correctamente mediante la Resolución SUB 242821 del 5 de septiembre de 2019, a partir del día siguiente, esto es, a partir del 1º de septiembre de similar año, por tanto no es procedente el reconocimiento y pago de retroactivo pensional reclamado. Agrega que no puede ordenarse la devolución de los aportes efectuados por la actora con posterioridad al 22 de junio de



2017, en aras de evitar una afectación en el monto de su mesada pensional, pues su IBL fue liquidado con las cotizaciones realizadas durante toda su vida laboral. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación y la genérica (Carpeta 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 15 de octubre de 2021, resolvió **absolver** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y **condenar** en costas a la parte activa (Archivo de audio 015 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que pese a que la demandante reunió los requisitos de edad y semanas de cotización el 22 de junio de 2017, lo cierto es que verificó cotizaciones al 31 de agosto de 2019, e incluso hasta el mes de junio de 2020, por manera que en nada erró la entidad demandada al reconocer el derecho prestacional desde el 1º de septiembre de 2019, menos aun cuando los aportes efectuados por la activa con posterioridad a junio de 2017, no resultan ajenos a su voluntad, pues ellos se derivan de la vigencia de la relación laboral con el empleador Banco Coomeva, ante quien debió manifestar su voluntad de efectuar el retiro o cese de cotizaciones al Sistema General de Pensiones. Agrega que las cotizaciones efectuadas hasta el año 2019 no le son inútiles a la actora, de cara a la determinación de la tasa de reemplazo, pues estas le permiten un porcentaje más elevado e incluso mejores ingresos base de cotización. Concluyendo que no es procedente acceder al reconocimiento del retroactivo pensional deprecado, en tanto el pago de la mesada desde el año 2017, incidiría de manera negativa en el monto de la prestación.



RECURSO DE APELACIÓN:

La parte **demandante impetró recurso de apelación** aduciendo para el efecto que se acceda *«favorablemente a las pretensiones de la demanda, accediendo al retroactivo de mi representaba desde junio de 2017 y con base en las facultades ultra y extra petita, si no es otorgado ese beneficio, sería desde que radicó su solicitud de pensión cuando manifestó su intención de no seguir cotizando porque no tuvo la debida colaboración ni de Colpensiones para agilizar el reconocimiento de la pensión, ni de su empleador para dejar de cotizar, razón por la cual solicitaría en ese evento que el retroactivo se diera desde enero de 2019 cuando radicó solicitud de pensión»*.

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: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que la demandante pese a que adquirió el estatus pensional el veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), no ha recibido los valores de las mesadas pensionales a las cuales tiene derecho desde dicha fecha, generándose un detrimento patrimonial y a su mínimo vital, puesto que, COLPENSIONES desconoce dicha situación, e impone una obligación adicional establecida en sus circulares internas.

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 los recursos de reposición y en subsidio apelación formulados por la actora contra la Resolución SUB 242821 del 5 de septiembre de 2019, mediante los cuales reclamó el reconocimiento del retroactivo pensional, según se informa en la Resolución 284836 del 15 de octubre de símil año (folio 56 archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación formulado por la demandante, 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 actora tiene derecho al disfrute de su pensión de vejez desde el 22 de junio de 2017, o en su defecto, desde la data en que elevó su solicitud de reconocimiento pensional, esto es, desde el 15 de enero de 2019.

STATUS DE PENSIONADA

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionada de la señora NOHORA NELLY PARRA DE SIERRA, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario,



de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, de las pruebas adosadas por la parte actora (fls. 13 a 74); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a PARRA DE SIERRA le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 242821 del 5 de septiembre de 2019, a partir del 1º de septiembre de 2019 en cuantía inicial de \$4.897.574², de conformidad con lo dispuesto por la Ley 797 de 2003, cuantía que fue modificada en la Resolución SUB 284836 del 15 de octubre de 2019 en valor de \$4.909.928³; en igual sentido se constata que efectuó aportes al subsistema de seguridad social en pensiones desde el 28 de noviembre de 1978; al 31 de agosto de 2019 cotizó un total de 1927 semanas (folio 60 archivo 01 del expediente digital) y cesó definitivamente sus aportes en el ciclo de enero de 2020 (folio 42 archivo 01 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

FECHA DE DISFRUTE

Corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual la accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

«ARTÍCULO 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»*
(...)

² Folios 45 a 54 archivo 01 del expediente digital.

³ Folios 56 a 65 archivo 01 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha de disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al Sistema General de Pensiones.

Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia SL 5603 Rad. 47236 del 6 de abril de 2016 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que *«en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente (...) en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que **la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema** (...) Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, **dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**»* (Resalta de la Sala)



En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, no encuentra presupuestos fácticos que le permitan inferir que la actora tiene derecho al disfrute de la pensión desde el 22 de junio de 2017, pues pese a que en dicha data cumplió 57 años como dimanada de la copia de su cédula de ciudadanía (folio 12 archivo 01 del expediente digital), y además contaba con 1.841 semanas de cotización (folios 30 a 34 archivo 01 del expediente digital), lo cierto es que para tal calenda aun no se había desafiliado del Sistema General de Pensiones y tampoco había llevado a cabo ningún acto del que se pudiese inferir su intención de no pertenecer al mismo, en tanto su petición de reconocimiento pensional la formuló hasta el 15 de enero de 2019 (folio 15 archivo 01 del expediente digital) y cesó sus cotizaciones como trabajadora dependiente con el empleador Banco Coomeva S.A. en el mes de enero de 2020 (folio 42 archivo 01 del expediente digital), aun cuando ya ostentaba la calidad de pensionada desde el 1° de septiembre de 2019.

Motivo por el cual, no es procedente concretar como data de disfrute la concerniente al 22 de julio de 2017, como bien lo concluyó el Juzgado de Conocimiento, como tampoco el 15 de enero de 2019, según así se peticiona en el recurso de apelación, puesto que la sola petición pensional radicada en esta última fecha, no constituye muestra inequívoca de su intención de retirarse del Sistema General de Pensiones, dado que como se dijo, continuó haciendo aportes hasta el ciclo enero de 2020, hecho que además, no le es imputable a la llamada a la acción Colpensiones, porque la entidad en ningún momento exigió de la trabajadora la continuación en los aportes, y por el contrario, al resolver la única petición de reconocimiento pensional, procedió a acceder a ello como emana de la Resolución 242821 del 5 de septiembre de 2019.



Sumado a ello, no debe perderse de vista que tal y como lo resaltó el *a quo*, los aportes efectuados por la actora en los últimos 10 años, que fueron considerados por Colpensiones para determinar el IBL, esto es, los comprendidos entre el 31 de agosto de 2019 y el 31 de agosto de 2009 (folios 30 a 42 archivo 01 del expediente digital), involucran los salarios más altos de toda su vida laboral, reportados ante el Sistema General en Pensiones, luego diáfano resulta concluir que el reconocimiento de la prestación desde el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, e incluso desde la data en que elevó la reclamación administrativa, descartando la totalidad de esos aportes, generaría un impacto negativo en el valor de la mesada pensional que hoy goza la demandante, lo cual constituye una razón más para negar el reconocimiento del retroactivo pensional reclamado por la activa.

Dimanando en la confirmación del fallo opugnado.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 15 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **NOHORA NELLY PARRA DE SIERRA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**



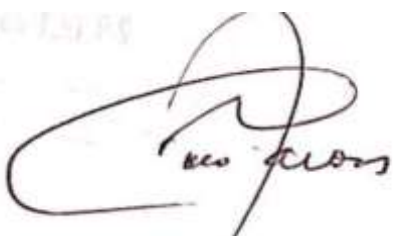
PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Costas en esta instancia a cargo de la demandante, dadas las resultas de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$150.000.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', is written over a large, faint circular stamp.

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 **CARLOS ALBERTO MÉNDEZ ACOSTA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y CLÍNICA JUAN N CORPAS.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **CARLOS ALBERTO MÉNDEZ ACOSTA**, a través de apoderado judicial, persigue el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, bajo lo previsto en Decreto 2090 de 2003, desde la fecha en que radicó la solicitud pensional, esto es, desde el 18 de noviembre de 2016, liquidada con los salarios debidamente actualizados de los últimos 10 años, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Igualmente, pretende que se condene al empleador Fundación Clínica Juan N Corpas al pago de las cotizaciones en mora. De manera subsidiaria, solicita se condene a la demandada al pago del valor de las mesadas que hubiere podido disfrutar, a título de indemnización por lucro cesante (folios 5 a 6 y 182 a 183 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 y 180 a 182 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que nació el 28 de marzo de 1962. Refiere que ha trabajado gran parte de su vida laboral en actividades de alto riesgo, por su exposición a rayos ionizantes, prestando sus servicios a diferentes empleadores como Técnico en rayos X, por intermedio de los cuales ha sido afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Que el 18 de noviembre de 2016, solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, data en la cual también radicó certificado expedido por la ARL Sura. Agrega que el 16 de enero de 2017, petitionó a la encartada corrección de historia laboral, sobre los empleadores Clínica Juan N Corpas, Ocupar Temporales e Inversiones y Servicios Leal. Aduce que el 5 de abril de 2017, Colpensiones emitió auto de pruebas, mediante el cual le requirió allegar certificados laborales, pese a que ya le habían sido allegados previamente, sin

embargo, en atención a tal requerimiento, el 9 de mayo de simil año radicó los certificados expedidos por Inversiones y Servicios Leal Ltda., Previsión Médica Integral en Liquidación, Clínica Juan N Corpas, Activos S.A. y Adriel Imágenes Diagnósticas S.A.S. Señala que mediante Resolución 85046 de 2017, la entidad llamada a juicio negó la solicitud de reconocimiento pensional, sustentada en que no se encontraba probada la actividad de alto riesgo, es por ello que formuló los recursos de reposición y en subsidio apelación, siendo desatado este último en sentido desfavorable a través de la Resolución DIR 11359 del 25 de julio de 2017.

Indica que el 16 de agosto de 2017, elevó nueva solicitud de reconocimiento pensional, adjuntando certificaciones laborales que daban cuenta de su exposición a actividades de alto riesgo, sin embargo, Colpensiones le indicó que era necesario allegar un certificado laboral 3B, aun cuando ya había sido aportado. Que nuevamente petitionó el reconocimiento pensional el 14 de septiembre de 2017 con toda la documentación necesaria, pero Colpensiones en esta oportunidad otra vez le exigió el certificado laboral 3B. Agrega que el 27 de diciembre de 2017 volvió a radicar petición de reconocimiento pensional, allegando la totalidad de los documentos que le fueron requeridos, no obstante, en Resolución SUB 113945 del 27 de abril de 2018, la entidad insistió en negar la prestación reclamada. Añade que entre tiempos de servicios públicos y privados logró un total de 1.447 semanas, de las cuales más de 1.330 fueron trabajadas en actividades de alto riesgo. Que según las resoluciones emitidas por Colpensiones, el empleador Clínica Juan N Corpas se encuentra en mora por los ciclos de cotización causados desde el mes de agosto de 2016. Concluye afirmando que Colpensiones ha actuado de manera negligente durante el estudio de su situación pensional.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, por considerar que el demandante no tiene derecho a la prestación que reclama, toda vez que conforme a su historia laboral, no cuenta con las semanas de cotización de alto riesgo, esto es, 700, en tanto sus empleadores no cotizaron el porcentaje correspondiente. Agrega que en todo caso, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, es indispensable demostrar que el trabajador estuvo realmente expuesto a actividades de alto riesgo, debe verificarse en el material probatorio que ello haya tenido lugar y ordenar el cobro coactivo por concepto de cotizaciones especiales. Sobre la pretensión elevada ante la Clínica Juan N Corpas, refiere que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, por estar dirigida a un tercero **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica, folios 156 a 172 y 231 a 248 del expediente digital.

Por su parte, la demandada **FUNDACIÓN CLÍNICA JUAN N CORPAS**, contestó la demanda a través de *curador ad litem*, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto no existen documentos que determinen que el empleador en efecto adeuda suma alguna, como tampoco se constata constitución en mora por parte de Colpensiones. Añade que la mora en los aportes, en todo caso no implica la negativa en el reconocimiento pensional, cuando se acreditan los requisitos para el efecto, como así lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia T-920 de 2010. **Excepciones:**

Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y la innominada o genérica, folios 278 a 281 del expediente digital.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 2 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, desde el 1º de agosto de 2018, en una cuantía equivalente \$1.880.267, teniendo en cuenta 13 mesadas; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión especial por actividades de alto riesgo a favor del actor a partir del 1º de agosto de 2018, en cuantía de \$1.880.267, por lo que el retroactivo generado desde el 1º de agosto al 30 de noviembre de 2018, asciende a la suma \$7.521.068; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de septiembre de 2018 y hasta que se efectúe el pago de las mesadas pensionales causadas desde el mes de agosto hasta el mes de noviembre de 2018; **autorizar** a Colpensiones realizar los descuentos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre las mesadas pensionales adeudadas; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **absolver** a la Clínica Juan N Corpas de las pretensiones planteadas en la demanda, así como a Colpensiones de las restantes pretensiones; **sin condena** en costas. (Archivo de audio 07 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, se encuentra demostrado que la entidad llamada a juicio en el transcurso del proceso reconoció la prestación reclamada desde el 1º de diciembre de 2018, lo cual implicó que el litigio se circunscribiera a establecer la fecha de disfrute, al igual que el IBL y la tasa de reemplazo, junto con la procedencia de los intereses moratorios. Refiere que si bien para el

18 de noviembre de 2016, el actor reunía los requisitos para acceder al derecho pensional y petitionó su reconocimiento, lo cierto es que continuó cotizando al Sistema General de Pensiones, situación que no puede imputarse a Colpensiones, como quiera que los contratos con sus empleadores se encontraban vigentes, y por ello, debía continuar afiliado al RPM, a más que en las certificaciones laborales expedidas por estos no se hace mención de voluntad de retiro, la cual no se infiere por el hecho que el actor en enero de 2017 solicitara corrección de historia laboral, porque este formuló acción de tutela para que la entidad diera respuesta a su petición encaminada a incluir dentro del conteo de semanas cotizadas en pensiones, el ciclo de junio de 2018, e igualmente, demandó a la Clínica Juan N Corpas para que efectuara el pago de los aportes causados desde agosto de 2016.

Suma a ello que, el total de cotizaciones mejora su tasa de reemplazo y desde la demanda el accionante aceptó que cotizó un total de 1.447 semanas, es decir, el total que aportó hasta junio de 2018, luego, hasta dicha fecha en la que dejó de efectuar cotizaciones, según emana de la historia laboral expedida por Colpensiones como única prueba que tiene la virtud de acreditar tal hecho, es que se entiende que el accionante pretendió gozar de su derecho pensional, de suerte que el disfrute de la pensión, procede desde el 1º de agosto de 2018. Añade que al realizar la liquidación de la prestación con el IBL de \$2.813.469,37 y una tasa de reemplazo del 66,70%, se obtiene una mesada de \$1.876.584,07, la cual es inferior a la reconocida por la encartada, siendo lo procedente dejar incólume tal reconocimiento.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que el Juzgado de Conocimiento no consideró la pretensión tendiente a obtener el reconocimiento de las mesadas no disfrutadas a título de lucro cesante, dado que Colpensiones le causó un perjuicio, ante su posición reiterada de negar

el reconocimiento de la pensión especial de vejez, pese a que esta fue reclamada en el año 2016, al igual que el 14 y 27 de septiembre de 2017 y 27 de abril de 2018, circunstancia que lo obligó a continuar laborando, por manera que si bien a la fecha de la primera solicitud pensional aun se encontraba vigente su vínculo laboral, lo cierto es que ello obedeció a la imposibilidad de finiquitarlo y esperar el reconocimiento pensional, dada la necesidad de garantizar su mínimo vital, de suerte que debe revisarse lo afirmado por el *a quo*, quien aseguró que tenía la voluntad de continuar cotizando, cuando ello obedeció a la negativa de la llamada a la acción en reconocer la pensión reclamada, pese a que se le radicaron las distintas certificaciones que acreditaban las actividades de alto riesgo a las que estuvo expuesto.

Sostiene que en el caso analizado, debe darse aplicación a la sentencia SL435-2021, en la cual la Corte Suprema de Justicia, en un caso de iguales circunstancias, afirmó que cuando el afiliado se ve conminado a seguir cotizando por causa de la conducta renuente de la entidad de seguridad social en reconocer la pensión, la pensión procede desde la fecha en que se han cumplido los requisitos para su causación, lo cual ocurrió en el *examine*. Acota que el reconocimiento de las mesadas reclamadas, no constituye una desmejora en la mesada pensional, pues Colpensiones recibió la totalidad de sus aportes, además porque se pretende el restablecimiento del derecho o la indemnización, sin que ello implique descartar las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la reclamación efectuada en el año 2016, dado que fue la entidad quien desplegó una conducta generadora de un perjuicio. Igualmente, solicita el reconocimiento de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional que se reconozca a partir del año 2016 y la imposición de condena en costas en contra de la parte pasiva, teniendo en cuenta la pluralidad de actuaciones que se desplegaron dentro del trámite jurisdiccional, que fue promovido por la actitud renuente de Colpensiones.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, formuló recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que no es procedente reconocer la pensión especial de vejez a favor del actor desde el 1º de agosto de 2018, como así lo hizo el Juzgado, puesto que su decisión se sustentó en la historia laboral expedida en agosto de 2018, la cual fue allegada al proceso cuando se procedió a dar contestación a la demanda, desconociendo así, que el actor continuó efectuando cotizaciones al Sistema General de Pensiones. Por tanto, acota que la falladora de primer grado se basó en una historia laboral que a la fecha de la sentencia ya no se encontraba actualizada, debiendo requerir nuevamente a la entidad para que adosara una que incluyera los últimos aportes, empero, al omitir recaudar tal prueba, concluyó erróneamente que el actor cotizó hasta el mes de julio de 2018, situación que se desvirtúa con la Resolución SUB 300200 de similar año, dado que en tal acto administrativo se indica que el convocante a octubre de 2018 se encontraba cotizando a través de dos empleadores distintos. Refiere que la decisión de Colpensiones de reconocer la prestación desde el 1º de diciembre de 2018, se encuentra debidamente sustentada en la cotización activa del sistema, por manera que debe otorgársele todo el valor probatorio a la resolución en referencia, por tratarse del acto de reconocimiento pensional que se encuentra en firme y que no fue cuestionado ni desconocido por la parte accionante. Concluye indicando que la prestación del actor procede desde la fecha definida por la entidad y, por tanto, la sentencia de primer grado se encuentra llamada a ser revocada, para en su lugar impartir la absolución de la condena impuesta, incluida la orden de reconocer los intereses moratorios.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la modificación del fallo impugnado, para que en su lugar se reconozca la pensión especial de vejez desde el 18 de noviembre de 2016 junto con los intereses moratorios, como quiera que el Juzgado de Conocimiento no apreció que de las pruebas documentales emana su intención de pensionarse y de no continuar cotizando con sendas peticiones y reclamaciones para obtener su derecho, acotando que no se retiró de sus labores a fin de garantizar su ingreso.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme da cuenta la solicitud impetrada ante Colpensiones el 18 de noviembre de 2016, (folios 14 a 16 archivo 01 del expediente).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia, el

recurso de alzada elevado por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar la data de causación y disfrute de la pensión especial de vejez reconocida al actor, al igual que la procedencia del pago de las mesadas causadas a título de indemnización de perjuicios, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso a cargo de Colpensiones.

ESTATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado del señor CARLOS ALBERTO MÉNDEZ ACOSTA, presupuesto que deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, de la Resolución SUB 300200 del 19 de 2018 (fls. 322 a 361 archivo 01 del expediente digital), probanza de la cual se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que en el trámite del presente proceso a MÉNDEZ ACOSTA le fue reconocida pensión especial de vejez alto riesgo por desempeñar trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes, a partir del 1º de diciembre de 2018 en cuantía inicial de \$1.880.267, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2090 de 2003, supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

FECHA DE CAUSACIÓN Y DISFRUTE

Al no existir duda sobre la calidad de pensionado del actor en los términos de los artículos 3º y 4º del Decreto 2090 de 2003²,

² «ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de

corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual el accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

«Art. 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.

*La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»*

(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo

*las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda **y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas**, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido 55 años de edad.*
- 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.***

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años» (resalta fuera de texto)



17201800278 01

solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

En claro lo anterior, esta Sala de Decisión juzga conveniente traer a colación la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, mediante la cual se consideró qué, si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 resulta aplicable para estos asuntos, lo cierto es que dicha normativa debe estudiarse e interpretarse en correlación a las particularidades fácticas que circunden el objeto prestacional, así las cosas, si la continuidad en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones después de efectuada la correspondiente reclamación administrativa, se dio en razón a la negligencia de la entidad administradora de pensiones y, además, no se incrementan los factores que integran la mesada pensional, resulta viable el reconocimiento de la pensión de vejez, según los hechos relatados en el mencionado proveído, para la data posterior a la solicitud de pensión.

Determinación que enseñó:

«En el caso bajo examen, se tiene que la actora efectuó reclamación a la entidad el 17 de mayo de 2005 como se expone en la ya mencionada resolución (...)

*(...) es pertinente recordar, que si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, **además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS.** Al respecto, en un asunto de similares características, en sentencia que data del 1º de septiembre de 2009, radicado 34514, se dijo:*



17201800278 01

‘(...) tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional (...)’

*Lo resuelto a través de la sentencia que se reprodujo, tiene una razón de más para ser aplicada en el caso bajo examen, **consistente en que los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones.***” (Resalta fuera de texto)

Alusión jurisprudencial que encuentra igualdad de considerandos en la sentencia SL 1353 – 2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al doctrinar *«En esa perspectiva se advierte que, en este caso, la accionada actuó con negligencia al momento de resolver la solicitud del actor al indicarle que debía cotizar semanas adicionales con base en una normativa que no era pertinente. Por tanto, a pesar de que no hubo un retiro formal del sistema general de pensiones, la prestación deprecada debe otorgarse desde el día siguiente a aquel en que el actor cumplió con los requisitos para consolidar el derecho especial, esto es, a partir del 6 de octubre de 2007, pues el accionar de la entidad demandada lo obligó a continuar cotizando. Para efectos del cálculo del monto de aquella, no se deben tener en cuenta los aportes que realizó con posterioridad»* (subraya fuera de texto)

De cara a lo anterior, evidencia esta segunda instancia que en el expediente administrativo obrante en el expediente digital (Carpeta denominada “CC-19488131”), se incorporó copia de la Resolución SUB 85046 del 31 de mayo de 2017, en la cual se avizora que la solicitud pensional fue radicada el 18 de noviembre de 2016, pedimento que fue negado por la entidad, ante la falta de demostración de la realización de actividades de alto riesgo durante por lo menos 700 semanas de cotización, decisión que se reiteró en las Resoluciones DIR 11359 del

25 de julio de 2017, SUB 113945 del 27 de abril de 2018, SUB 155343 del 18 de junio de 2018 y DIR 13600 del 26 de julio de 2018³.

Empero, contrario a lo allí descrito, de lo definido en la Resolución SUB 300200 del 19 de noviembre de 2018 (fls. 322 a 361 archivo 01 del expediente digital), se tiene que la entidad demandada aceptó que la parte activa logró acreditar las 700 semanas requeridas por el Decreto 2090 de 2003, desempeñándose en actividades de alto riesgo. A ello se suma que, el actor cumplió la edad mínima de pensión, que lo es 55 años, el 28 de marzo de 2017, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1962, conforme emana de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 13 archivo 01 del expediente digital.

En lo que respecta a las semanas de cotización de que trata el art. 9 de la Ley 797 de 2003⁴, se evidencia en el acto administrativo de reconocimiento pensional, que el actor aportó a Colpensiones un total de 1.445, de las cuales 1.340 fueron aportadas al 18 de noviembre de 2016, fecha en la cual se efectuó la reclamación administrativa, y como quiera que para el año 2016 debía contar con 1.300 semanas, se cumple a cabalidad con la densidad de semanas de la norma *ejusdem*.

Ahora, en lo que concierne a la disminución de la edad, recuérdese que el inciso 3° del artículo 4° del Decreto 2090 de 2003 obliga demostrar, para ser acreedor de este derecho, «**cotización especial**, adicionales a las mínimas requeridas en el **Sistema General de Pensiones**». De cara

³ digital (Carpeta denominada “CC-19488131” del expediente digital)

⁴ “ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (Subraya de la Sala)



17201800278 01

a lo anterior, al contar el actor con 702,70 semanas en actividades de alto riesgo, como fluye de lo aceptado por la encartada en la Resolución SUB 85046 del 31 de mayo de 2017, dimana indudable que no acredita semanas adicionales a las 1.300 a fin de descontar la edad, concluyendo que la **causación** tuvo lugar el 26 de marzo de 2017, data en que cumplió la edad mínima, la cual es posterior a la primera reclamación administrativa, circunstancia que impide el reconocimiento pensional desde esta última actuación.

Con todo, no puede pasarse por alto que las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de la primera solicitud de reconocimiento pensional, esto es, después del 18 de noviembre de 2016, tuvieron un efecto favorable en el *quantum* pensional, toda vez que tales aportes le permitieron una mesada pensional a la data de reconocimiento efectivo por parte de la llamada a la acción, que lo fue el 1º de diciembre de 2018, equivalente a \$1.880.267, resultante de aplicar una tasa de reemplazo del 66,70% a un IBL de \$2.818.991.

Valores que le son más favorables a la parte activa si se concibe el reconocimiento desde el 18 de noviembre de 2016, pues conforme a la liquidación efectuada con el apoyo del grupo liquidador que hace parte integral de esta sentencia, se tiene que para esta ultima fecha la pensión ascendería a \$1.528.284,11, resultante de aplicar una tasa del 62,08% sobre un IBL de \$ 2.461.797,86, la cual al ser actualizada al año 2018, arroja un valor inferior de \$ 1.682.261,00.

Así, en caso de aceptarse que para el momento que se reclama como status de pensionado en el *libelo* de demanda, indubitadamente se contaba con los requisitos para ser acreedor de la prestación pensional, no es debila acceder a la prestación desde ese momento, como quiera que con las posteriores cotizaciones fue que logró el demandante acrecentar el IBL y la tasa de reemplazo que le son aplicables.



17201800278 01

Demostrando aquella excepción a la regla para modificar la fecha de disfrute, referente al postulado jurisprudencial que lo impide, en tanto la *«no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional»*, a voces de la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011; lo que permite avizorar como acertada la decisión del *a quo* de no reconocer la prestación desde el 18 de noviembre de 2016, por cuanto, entre otras cosas, ello desmejoraría el monto pensional del actor.

Ahora bien, tampoco podría accederse al pago de las mesadas pensionales causadas desde tal data, sin descartar la totalidad de cotizaciones efectuadas al sistema como indemnización del presunto perjuicio aducido por la parte activa, ante la negativa en el reconocimiento pensional de parte de Colpensiones, tal como se peticiona en el escrito de demanda, toda vez que la actitud renuente de la entidad en reconocer la prestación, en verdad no le generó un daño al demandante; ello es así, por cuanto como se pudo constatar, la continuación en las cotizaciones ante el sistema general de pensiones con posterioridad a la fecha de solicitud de reconocimiento pensional, le implicó un mayor valor de la prestación especial de vejez, no siendo procedente abrir camino al resarcimiento deprecado, ante la inexistencia del perjuicio, que tampoco puede analizarse desde la perspectiva del lucro cesante, como quiera que de la historia laboral allegada por la pasiva y que obra en el expediente administrativo (Carpeta denominada "CC-19488131"), emana su calidad de trabajador dependiente del empleador Adriel Imágenes Drag, siendo diáfano que entre la fecha de la solicitud del reconocimiento pensional y la data en que se le reconoció la prestación, el convocante no sufrió una afectación o menoscabo a su ingreso, al percibió su salario y que lógicamente le permitió garantizar su mínimo vital.



Puestas así las cosas, no resulta atendible acceder a los pedimentos formulados en la alzada, tendientes al obtener el reconocimiento de las mesadas pensionales desde el 18 de noviembre de 2018, a título de retroactivo pensional o por concepto de indemnización de perjuicios.

Ahora bien, en punto a los reparos elevados por la llamada a la acción Colpensiones, ha de destacar la Sala de Decisión, que si bien en la historia laboral allegada por la entidad en su contestación de la demanda, actualizada al 21 de agosto de 2018, se observa como último ciclo de cotización el mes de julio de 2018 (Carpeta denominada “CC-19488131”), lo cierto es que en la Resolución SUB 300200 del 19 de noviembre de 2018, se expresó claramente por la encartada, que la última cotización fue realizada por el demandante en el mes de octubre de similar año, por conducto de sus empleadores Clínica Juan N Corpas y Adriel Imágenes Diagnósticas S.A.S..

Por tanto, diáfano resulta concluir que la prestación especial de vejez, debió proceder desde el día siguiente a este último ciclo, es decir, a partir del 1º de noviembre de 2018, pues el acto administrativo de reconocimiento pensional que goza de valor probatorio al no ser reargüido ni tachado por el demandante y gozar de la presunción de legalidad, informa de manera clara la data en la cual el convocante cesó sus cotizaciones y por ende, constituye constancia de la intención inequívoca de no continuar efectuando aportes al Sistema General de Pensiones.

Dimanando en la modificación del fallo opugnado, dado que el Juzgado de Conocimiento al darle relevancia a la historia laboral obrante en el expediente administrativo, accedió al disfrute pensional desde el 1º de agosto de 2018, desconociendo que el acto administrativo de reconocimiento pensional que fue expedido en una fecha posterior, y que contiene una información más actualizada, constituye plena

prueba de las cotizaciones que continuó efectuando hasta el mes de octubre de 2018, y que de contera, dan paso al disfrute de la prestación, se *itera*, desde el 1° de noviembre de símil año, máxime que la liquidación de la mesada pensional reconocida por Colpensiones incluyendo los ciclos aportados hasta octubre de la anualidad en mención, siguen arrojando un *cuatum* más favorable, esto es, un valor de \$1.880. 267, el cual resulta superior a la mesada obtenida por esta Colegiatura en liquidación anexa con fecha de corte julio de 2018, en tanto la misma asciende a \$ 1.818.920,67.

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Sobre el particular, la norma pensional que estableció los intereses moratorios deprecados por el actor en el libelo, se encuentran regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al señalar *«A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago»*

En ese entendido, y descendiendo a los supuestos facticos del *sub judice*, se tiene que la norma de seguridad social integral es clara en manifestar que los intereses moratorios se causaran, siempre que la entidad administradora de pensiones entre en mora en el pago de las mesadas pensionales, ello, vencido el término de gracia otorgado por el Legislador que corresponde a 4 meses al tenor del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.



17201800278 01

En el caso de autos, sin lugar a dudas se configuran el reconocimiento de los intereses moratorios, pues la demandada al conceder la prestación durante el transcurso del proceso, se abstuvo de incluir en el mismo la mesada correspondiente al mes de noviembre de 2018, pese a que reconoció expresamente que el último período de cotización del demandante tuvo lugar en el mes de octubre de similar año, y como quiera que la mentada mesada se causó con posterioridad a la última solicitud de reconocimiento pensional, que lo fue el 17 de agosto de 2018 como informa la Resolución 251818 del 24 de septiembre de 2018 (fls. 207 a 221 archivo 01 del expediente digital), fluye diáfano que los intereses moratorios deben ser computados desde la fecha en que debió pagarse, esto es, desde el 1° de diciembre de 2018 y hasta que se incluya en nómina de pensionados, situación que implica la modificación de la sentencia reprochada sobre este aspecto.

COSTAS

La parte demandante, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la falta de imposición en contra de Colpensiones, pese a que salió vencida en juicio. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.



17201800278 01

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado debió disponer la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.

Motivo por el cual se accederá a la solicitud de la parte activa de imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones. 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: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 2 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **DECLARAR** que al señor CARLOS ALBERTO MÉNDEZ ACOSTA, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, desde el 1º de noviembre de 2018, en una cuantía equivalente \$1.880.267, teniendo en cuenta 13 mesadas, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 2

de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión especial por actividades de alto riesgo a favor del señor CARLOS ALBERTO MÉNDEZ ACOSTA, a partir del 1° de noviembre de 2018, en cuantía de \$1.880.267, por lo que el retroactivo generado al 30 de noviembre de 2018, asciende a la suma \$1.880.267, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 2 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 1° de diciembre de 2018, y hasta que se efectué el pago de la mesada pensional insoluta causada en el mes de noviembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: REVOCAR EL NUMERAL SÉPTIMO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 2 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar **IMPONER** a cargo de Colpensiones las costas de primera instancia, cuyo valor de las agencias en derecho deberá ser determinado por el Juzgado de Conocimiento, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.



17201800278 01

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS RADICADO: 110013105017201827801 DEMANDANTE : CARLOS MENDEZ DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2016, aplicando el 57,85% para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
17/11/06	30/11/06	14	877.000,00	29.233,33	\$ 409.266,7		
01/12/06	31/12/06	30	877.000,00	29.233,33	\$ 877.000,0		
Total días		44			\$ 1.286.266,7	\$ 29.233,33	\$ 877.000,00
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	877.000,00	29.233,33	\$ 877.000,0		
01/02/07	28/02/07	30	1.130.000,00	37.666,67	\$ 1.130.000,0		
01/03/07	31/03/07	30	691.000,00	23.033,33	\$ 691.000,0		
01/04/07	30/04/07	30	760.000,00	25.333,33	\$ 760.000,0		
01/05/07	31/05/07	30	859.000,00	28.633,33	\$ 859.000,0		
01/06/07	30/06/07	30	841.000,00	28.033,33	\$ 841.000,0		
01/07/07	31/07/07	30	841.000,00	28.033,33	\$ 841.000,0		
01/08/07	30/08/07	30	1.826.000,00	60.866,67	\$ 1.826.000,0		
01/09/07	30/09/07	30	1.726.000,00	57.533,33	\$ 1.726.000,0		
01/10/07	31/10/07	30	1.646.000,00	54.866,67	\$ 1.646.000,0		
01/11/07	30/11/07	30	1.689.000,00	56.300,00	\$ 1.689.000,0		
01/12/07	31/12/07	30	1.761.000,00	58.700,00	\$ 1.761.000,0		
Total días		360			\$ 14.647.000,0	\$ 40.686,11	\$ 1.220.583,33
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	1.723.000,00	57.433,33	\$ 1.723.000,0		
01/02/08	29/02/08	30	1.852.000,00	61.733,33	\$ 1.852.000,0		
01/03/08	31/03/08	30	1.711.000,00	57.033,33	\$ 1.711.000,0		
01/04/08	30/04/08	30	1.840.000,00	61.333,33	\$ 1.840.000,0		
01/05/08	31/05/08	30	924.000,00	30.800,00	\$ 924.000,0		
01/06/08	30/06/08	30	1.822.000,00	60.733,33	\$ 1.822.000,0		
01/07/08	31/07/08	30	948.000,00	31.600,00	\$ 948.000,0		
01/08/08	31/08/08	30	791.000,00	26.366,67	\$ 791.000,0		
01/09/08	30/09/08	30	856.000,00	28.533,33	\$ 856.000,0		
01/10/08	31/10/08	30	764.000,00	25.466,67	\$ 764.000,0		
01/11/08	30/11/08	30	856.000,00	28.533,33	\$ 856.000,0		
01/12/08	31/12/08	30	1.734.000,00	57.800,00	\$ 1.734.000,0		
Total días		360			\$ 15.821.000,0	\$ 43.947,22	\$ 1.318.416,67
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	1.822.000,00	60.733,33	\$ 1.822.000,0		
01/02/09	28/02/09	30	1.917.000,00	63.900,00	\$ 1.917.000,0		
01/03/09	31/03/09	30	1.761.000,00	58.700,00	\$ 1.761.000,0		
01/04/09	30/04/09	30	1.761.000,00	58.700,00	\$ 1.761.000,0		
01/05/09	31/05/09	30	1.910.000,00	63.666,67	\$ 1.910.000,0		
01/06/09	30/06/09	30	1.531.000,00	51.033,33	\$ 1.531.000,0		
01/07/09	31/07/09	30	904.000,00	30.133,33	\$ 904.000,0		
01/08/09	31/08/09	30	835.000,00	27.833,33	\$ 835.000,0		
01/09/09	30/09/09	30	974.000,00	32.466,67	\$ 974.000,0		
01/10/09	31/10/09	30	874.000,00	29.133,33	\$ 874.000,0		
01/11/09	30/11/09	30	967.000,00	32.233,33	\$ 967.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	1.158.000,00	38.600,00	\$ 1.158.000,0		
Total días		360			\$ 16.414.000,0	\$ 45.594,44	\$ 1.367.833,33
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	835.000,00	27.833,33	\$ 835.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	819.000,00	27.300,00	\$ 819.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	819.000,00	27.300,00	\$ 819.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	1.630.000,00	54.333,33	\$ 1.630.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	2.033.000,00	67.766,67	\$ 2.033.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	2.146.000,00	71.533,33	\$ 2.146.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	2.184.000,00	72.800,00	\$ 2.184.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/08/10	31/08/10	30	2.169.000,00	72.300,00	\$ 2.169.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	2.096.000,00	69.866,67	\$ 2.096.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	1.950.000,00	65.000,00	\$ 1.950.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	2.210.000,00	73.666,67	\$ 2.210.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	2.183.000,00	72.766,67	\$ 2.183.000,0		
Total días		360			\$ 21.074.000,0	\$ 58.538,89	\$ 1.756.166,67
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	2.099.000,00	69.966,67	\$ 2.099.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	2.255.000,00	75.166,67	\$ 2.255.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	2.081.000,00	69.366,67	\$ 2.081.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	2.129.000,00	70.966,67	\$ 2.129.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	2.155.000,00	71.833,33	\$ 2.155.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	2.129.000,00	70.966,67	\$ 2.129.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	2.155.000,00	71.833,33	\$ 2.155.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	2.447.000,00	81.566,67	\$ 2.447.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	2.129.000,00	70.966,67	\$ 2.129.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	2.081.000,00	69.366,67	\$ 2.081.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	2.214.000,00	73.800,00	\$ 2.214.000,0		
Total días		360			\$ 26.722.000,0	\$ 74.227,78	\$ 2.226.833,33
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	2.397.000,00	79.900,00	\$ 2.397.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	2.181.000,00	72.700,00	\$ 2.181.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	2.325.000,00	77.500,00	\$ 2.325.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	2.300.000,00	76.666,67	\$ 2.300.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	2.096.000,00	69.866,67	\$ 2.096.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	3.006.000,00	100.200,00	\$ 3.006.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	2.482.000,00	82.733,33	\$ 2.482.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	3.198.000,00	106.600,00	\$ 3.198.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	2.482.000,00	82.733,33	\$ 2.482.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	2.750.000,00	91.666,67	\$ 2.750.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	2.482.000,00	82.733,33	\$ 2.482.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	2.622.000,00	87.400,00	\$ 2.622.000,0		
Total días		360			\$ 30.321.000,0	\$ 84.225,00	\$ 2.526.750,00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	2.530.000,00	84.333,33	\$ 2.530.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	2.530.000,00	84.333,33	\$ 2.530.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	2.676.000,00	89.200,00	\$ 2.676.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	2.530.000,00	84.333,33	\$ 2.530.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	2.822.000,00	94.066,67	\$ 2.822.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	2.676.000,00	89.200,00	\$ 2.676.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	3.043.000,00	101.433,33	\$ 3.043.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	3.113.000,00	103.766,67	\$ 3.113.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	2.581.000,00	86.033,33	\$ 2.581.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	2.794.000,00	93.133,33	\$ 2.794.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	2.805.000,00	93.500,00	\$ 2.805.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	2.794.000,00	93.133,33	\$ 2.794.000,0		
Total días		360			\$ 32.894.000,0	\$ 91.372,22	\$ 2.741.166,67
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	1.637.000,00	54.566,67	\$ 1.637.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	1.517.000,00	50.566,67	\$ 1.517.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	1.638.000,00	54.600,00	\$ 1.638.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	1.448.000,00	48.266,67	\$ 1.448.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	2.968.000,00	98.933,33	\$ 2.968.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	3.126.000,00	104.200,00	\$ 3.126.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	2.968.000,00	98.933,33	\$ 2.968.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	2.937.000,00	97.900,00	\$ 2.937.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	3.971.000,00	132.366,67	\$ 3.971.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	2.833.000,00	94.433,33	\$ 2.833.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	2.830.000,00	94.333,33	\$ 2.830.000,0		
Total días		360			\$ 30.856.000,0	\$ 85.711,11	\$ 2.571.333,33
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	3.284.000,00	109.466,67	\$ 3.284.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	3.102.000,00	103.400,00	\$ 3.102.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/03/15	31/03/15	30	3.048.000,00	101.600,00	\$ 3.048.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	2.938.000,00	97.933,33	\$ 2.938.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	3.171.000,00	105.700,00	\$ 3.171.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	2.939.000,00	97.966,67	\$ 2.939.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	3.778.000,00	125.933,33	\$ 3.778.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	1.667.000,00	55.566,67	\$ 1.667.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	1.351.000,00	45.033,33	\$ 1.351.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	1.509.000,00	50.300,00	\$ 1.509.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	1.351.000,00	45.033,33	\$ 1.351.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	3.171.000,00	105.700,00	\$ 3.171.000,0		
Total días		360			\$ 31.309.000,0	\$ 86.969,44	\$ 2.609.083,33
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	3.570.000,00	119.000,00	\$ 3.570.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	3.570.000,00	119.000,00	\$ 3.570.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	3.596.000,00	119.866,67	\$ 3.596.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	3.561.000,00	118.700,00	\$ 3.561.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	3.765.000,00	125.500,00	\$ 3.765.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	3.641.000,00	121.366,67	\$ 3.641.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	4.010.000,00	133.666,67	\$ 4.010.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	1.952.000,00	65.066,67	\$ 1.952.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	1.783.000,00	59.433,33	\$ 1.783.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	1.952.000,00	65.066,67	\$ 1.952.000,0		
01/11/16	16/11/16	16	1.952.000,00	65.066,67	\$ 1.041.066,7		
Total días		316			\$ 32.441.066,7	\$ 102.661,60	\$ 3.079.848,10

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	N°. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2006	44	58,700	88,05	1,500	\$ 877.000,00	\$ 1.315.500,00	\$ 1.929.400,00
2007	360	61,330	88,05	1,436	\$ 1.220.583,33	\$ 1.752.362,02	\$ 21.028.344,20
2008	360	64,820	88,05	1,358	\$ 1.318.416,67	\$ 1.790.906,93	\$ 21.490.883,22
2009	360	69,800	88,05	1,261	\$ 1.367.833,33	\$ 1.725.468,84	\$ 20.705.626,07
2010	360	71,200	88,05	1,237	\$ 1.756.166,67	\$ 2.171.776,33	\$ 26.061.316,01
2011	360	73,450	88,05	1,199	\$ 2.226.833,33	\$ 2.669.471,41	\$ 32.033.656,91
2012	360	76,190	88,05	1,156	\$ 2.526.750,00	\$ 2.920.072,68	\$ 35.040.872,16
2013	360	78,050	88,05	1,128	\$ 2.741.166,67	\$ 3.092.373,16	\$ 37.108.477,90
2014	360	79,560	88,05	1,107	\$ 2.571.333,33	\$ 2.845.725,24	\$ 34.148.702,87
2015	360	82,470	88,05	1,068	\$ 2.609.083,33	\$ 2.785.616,44	\$ 33.427.397,24
2016	316	88,050	88,05	1,000	\$ 3.079.848,10	\$ 3.079.848,10	\$ 32.441.066,67
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 295.415.743,24
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.461.797,86
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					62,08%
		Primera mesada					\$ 1.528.284,11
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2016					\$ 689.455,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.528.284,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.616.160,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.682.261,00	0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.735.757,00	0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.801.716,00	0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.830.724,00	0,00	\$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.933.611,00	0,00	\$ 0,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

jueves, 3 de febrero de 2022

Recibe:



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS RADICADO: 110013105017201827801 DEMANDANTE : CARLOS MENDEZ DEMANDADO: COLPENSIONES			
		1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA
FECHA SENTENCIA			CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2016, aplicando el 57,85% para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
17/11/06	30/11/06	14	877.000,00	29.233,33	\$ 409.266,7		
01/12/06	31/12/06	30	877.000,00	29.233,33	\$ 877.000,0		
Total días		44			\$ 1.286.266,7	\$ 29.233,33	\$ 877.000,00
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	877.000,00	29.233,33	\$ 877.000,0		
01/02/07	28/02/07	30	1.130.000,00	37.666,67	\$ 1.130.000,0		
01/03/07	31/03/07	30	691.000,00	23.033,33	\$ 691.000,0		
01/04/07	30/04/07	30	760.000,00	25.333,33	\$ 760.000,0		
01/05/07	31/05/07	30	859.000,00	28.633,33	\$ 859.000,0		
01/06/07	30/06/07	30	841.000,00	28.033,33	\$ 841.000,0		
01/07/07	31/07/07	30	841.000,00	28.033,33	\$ 841.000,0		
01/08/07	30/08/07	30	1.826.000,00	60.866,67	\$ 1.826.000,0		
01/09/07	30/09/07	30	1.726.000,00	57.533,33	\$ 1.726.000,0		
01/10/07	31/10/07	30	1.646.000,00	54.866,67	\$ 1.646.000,0		
01/11/07	30/11/07	30	1.689.000,00	56.300,00	\$ 1.689.000,0		
01/12/07	31/12/07	30	1.761.000,00	58.700,00	\$ 1.761.000,0		
Total días		360			\$ 14.647.000,0	\$ 40.686,11	\$ 1.220.583,33
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	1.723.000,00	57.433,33	\$ 1.723.000,0		
01/02/08	29/02/08	30	1.852.000,00	61.733,33	\$ 1.852.000,0		
01/03/08	31/03/08	30	1.711.000,00	57.033,33	\$ 1.711.000,0		
01/04/08	30/04/08	30	1.840.000,00	61.333,33	\$ 1.840.000,0		
01/05/08	31/05/08	30	924.000,00	30.800,00	\$ 924.000,0		
01/06/08	30/06/08	30	1.822.000,00	60.733,33	\$ 1.822.000,0		
01/07/08	31/07/08	30	948.000,00	31.600,00	\$ 948.000,0		
01/08/08	31/08/08	30	791.000,00	26.366,67	\$ 791.000,0		
01/09/08	30/09/08	30	856.000,00	28.533,33	\$ 856.000,0		
01/10/08	31/10/08	30	764.000,00	25.466,67	\$ 764.000,0		
01/11/08	30/11/08	30	856.000,00	28.533,33	\$ 856.000,0		
01/12/08	31/12/08	30	1.734.000,00	57.800,00	\$ 1.734.000,0		
Total días		360			\$ 15.821.000,0	\$ 43.947,22	\$ 1.318.416,67
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	1.822.000,00	60.733,33	\$ 1.822.000,0		
01/02/09	28/02/09	30	1.917.000,00	63.900,00	\$ 1.917.000,0		
01/03/09	31/03/09	30	1.761.000,00	58.700,00	\$ 1.761.000,0		
01/04/09	30/04/09	30	1.761.000,00	58.700,00	\$ 1.761.000,0		
01/05/09	31/05/09	30	1.910.000,00	63.666,67	\$ 1.910.000,0		
01/06/09	30/06/09	30	1.531.000,00	51.033,33	\$ 1.531.000,0		
01/07/09	31/07/09	30	904.000,00	30.133,33	\$ 904.000,0		
01/08/09	31/08/09	30	835.000,00	27.833,33	\$ 835.000,0		
01/09/09	30/09/09	30	974.000,00	32.466,67	\$ 974.000,0		
01/10/09	31/10/09	30	874.000,00	29.133,33	\$ 874.000,0		
01/11/09	30/11/09	30	967.000,00	32.233,33	\$ 967.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	1.158.000,00	38.600,00	\$ 1.158.000,0		
Total días		360			\$ 16.414.000,0	\$ 45.594,44	\$ 1.367.833,33
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	835.000,00	27.833,33	\$ 835.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	819.000,00	27.300,00	\$ 819.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	819.000,00	27.300,00	\$ 819.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	1.630.000,00	54.333,33	\$ 1.630.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	2.033.000,00	67.766,67	\$ 2.033.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	2.146.000,00	71.533,33	\$ 2.146.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	2.184.000,00	72.800,00	\$ 2.184.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/08/10	31/08/10	30	2.169.000,00	72.300,00	\$ 2.169.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	2.096.000,00	69.866,67	\$ 2.096.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	1.950.000,00	65.000,00	\$ 1.950.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	2.210.000,00	73.666,67	\$ 2.210.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	2.183.000,00	72.766,67	\$ 2.183.000,0		
Total días		360			\$ 21.074.000,0	\$ 58.538,89	\$ 1.756.166,67
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	2.099.000,00	69.966,67	\$ 2.099.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	2.255.000,00	75.166,67	\$ 2.255.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	2.081.000,00	69.366,67	\$ 2.081.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	2.129.000,00	70.966,67	\$ 2.129.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	2.155.000,00	71.833,33	\$ 2.155.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	2.129.000,00	70.966,67	\$ 2.129.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	2.155.000,00	71.833,33	\$ 2.155.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	2.447.000,00	81.566,67	\$ 2.447.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	2.129.000,00	70.966,67	\$ 2.129.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	2.081.000,00	69.366,67	\$ 2.081.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	2.214.000,00	73.800,00	\$ 2.214.000,0		
Total días		360			\$ 26.722.000,0	\$ 74.227,78	\$ 2.226.833,33
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	2.397.000,00	79.900,00	\$ 2.397.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	2.181.000,00	72.700,00	\$ 2.181.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	2.325.000,00	77.500,00	\$ 2.325.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	2.300.000,00	76.666,67	\$ 2.300.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	2.096.000,00	69.866,67	\$ 2.096.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	3.006.000,00	100.200,00	\$ 3.006.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	2.482.000,00	82.733,33	\$ 2.482.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	3.198.000,00	106.600,00	\$ 3.198.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	2.482.000,00	82.733,33	\$ 2.482.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	2.750.000,00	91.666,67	\$ 2.750.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	2.482.000,00	82.733,33	\$ 2.482.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	2.622.000,00	87.400,00	\$ 2.622.000,0		
Total días		360			\$ 30.321.000,0	\$ 84.225,00	\$ 2.526.750,00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	2.530.000,00	84.333,33	\$ 2.530.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	2.530.000,00	84.333,33	\$ 2.530.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	2.676.000,00	89.200,00	\$ 2.676.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	2.530.000,00	84.333,33	\$ 2.530.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	2.822.000,00	94.066,67	\$ 2.822.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	2.676.000,00	89.200,00	\$ 2.676.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	3.043.000,00	101.433,33	\$ 3.043.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	3.113.000,00	103.766,67	\$ 3.113.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	2.581.000,00	86.033,33	\$ 2.581.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	2.794.000,00	93.133,33	\$ 2.794.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	2.805.000,00	93.500,00	\$ 2.805.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	2.794.000,00	93.133,33	\$ 2.794.000,0		
Total días		360			\$ 32.894.000,0	\$ 91.372,22	\$ 2.741.166,67
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	1.637.000,00	54.566,67	\$ 1.637.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	1.517.000,00	50.566,67	\$ 1.517.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	1.638.000,00	54.600,00	\$ 1.638.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	1.448.000,00	48.266,67	\$ 1.448.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	2.968.000,00	98.933,33	\$ 2.968.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	3.126.000,00	104.200,00	\$ 3.126.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	2.968.000,00	98.933,33	\$ 2.968.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	2.937.000,00	97.900,00	\$ 2.937.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	3.971.000,00	132.366,67	\$ 3.971.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	2.833.000,00	94.433,33	\$ 2.833.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	2.830.000,00	94.333,33	\$ 2.830.000,0		
Total días		360			\$ 30.856.000,0	\$ 85.711,11	\$ 2.571.333,33
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	3.284.000,00	109.466,67	\$ 3.284.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	3.102.000,00	103.400,00	\$ 3.102.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/03/15	31/03/15	30	3.048.000,00	101.600,00	\$ 3.048.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	2.938.000,00	97.933,33	\$ 2.938.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	3.171.000,00	105.700,00	\$ 3.171.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	2.939.000,00	97.966,67	\$ 2.939.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	3.778.000,00	125.933,33	\$ 3.778.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	1.667.000,00	55.566,67	\$ 1.667.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	1.351.000,00	45.033,33	\$ 1.351.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	1.509.000,00	50.300,00	\$ 1.509.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	1.351.000,00	45.033,33	\$ 1.351.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	3.171.000,00	105.700,00	\$ 3.171.000,0		
Total días		360			\$ 31.309.000,0	\$ 86.969,44	\$ 2.609.083,33
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	3.570.000,00	119.000,00	\$ 3.570.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	3.570.000,00	119.000,00	\$ 3.570.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	3.596.000,00	119.866,67	\$ 3.596.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	3.561.000,00	118.700,00	\$ 3.561.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	3.765.000,00	125.500,00	\$ 3.765.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	3.641.000,00	121.366,67	\$ 3.641.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	4.010.000,00	133.666,67	\$ 4.010.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	1.952.000,00	65.066,67	\$ 1.952.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	1.783.000,00	59.433,33	\$ 1.783.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	1.952.000,00	65.066,67	\$ 1.952.000,0		
01/11/16	16/11/16	16	1.952.000,00	65.066,67	\$ 1.041.066,7		
Total días		316			\$ 32.441.066,7	\$ 102.661,60	\$ 3.079.848,10

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	N°. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2006	44	58,700	88,05	1,500	\$ 877.000,00	\$ 1.315.500,00	\$ 1.929.400,00
2007	360	61,330	88,05	1,436	\$ 1.220.583,33	\$ 1.752.362,02	\$ 21.028.344,20
2008	360	64,820	88,05	1,358	\$ 1.318.416,67	\$ 1.790.906,93	\$ 21.490.883,22
2009	360	69,800	88,05	1,261	\$ 1.367.833,33	\$ 1.725.468,84	\$ 20.705.626,07
2010	360	71,200	88,05	1,237	\$ 1.756.166,67	\$ 2.171.776,33	\$ 26.061.316,01
2011	360	73,450	88,05	1,199	\$ 2.226.833,33	\$ 2.669.471,41	\$ 32.033.656,91
2012	360	76,190	88,05	1,156	\$ 2.526.750,00	\$ 2.920.072,68	\$ 35.040.872,16
2013	360	78,050	88,05	1,128	\$ 2.741.166,67	\$ 3.092.373,16	\$ 37.108.477,90
2014	360	79,560	88,05	1,107	\$ 2.571.333,33	\$ 2.845.725,24	\$ 34.148.702,87
2015	360	82,470	88,05	1,068	\$ 2.609.083,33	\$ 2.785.616,44	\$ 33.427.397,24
2016	316	88,050	88,05	1,000	\$ 3.079.848,10	\$ 3.079.848,10	\$ 32.441.066,67
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 295.415.743,24
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.461.797,86
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					62,08%
		Primera mesada					\$ 1.528.284,11
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2016					\$ 689.455,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.528.284,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.616.160,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.682.261,00	0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.735.757,00	0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.801.716,00	0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.830.724,00	0,00	\$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.933.611,00	0,00	\$ 0,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación

jueves, 3 de febrero de 2022

Recibe:



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **JOSÉ BELARMINO SALINAS SOSA** contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 JOSÉ BELARMINO SALINAS SOSA solicita se declare que la pensión reconocida se encuentra mal liquidada; que la prestación debió ser reconocida conforme a lo dispuesto del Decreto 758 de 1990.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión bajo el imperio del Decreto 758 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90%; se reconozcan intereses moratorios e indexación por mora en el pago de la pensión de vejez; se modifique la Resolución SUB 236735 de 2018, ordenándose devolver los valores pagados con su respectiva indexación; se condene al pago de costas y agencias en derecho; a reconocer derecho conforme a las facultades ultra y extra petita.

Como pretensión subsidiaria reclama se declare que la pensión reconocida se encuentra mal liquidada; que se debió aplicar una tasa de reemplazo del 80% de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 797 de 2003.

En lo tocante a la pretensión subsidiaria reclama se ordene a Colpensiones reliquidar la pensión de vejez; se condene a la entidad al pago de intereses moratorios e indexación; que se modifique la Resolución SUB 236735 de 2018 y se ordene a Colpensiones devolver las sumas de dinero debidamente indexadas; a pagar las costas y agencias en derecho y reconocer derechos de acuerdo a las facultades ultra y extra petita.



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 5 del archivo 02 del expediente digital, que en síntesis advierten, que ha cotizado a Colpensiones desde el año 1970 hasta el 2018; que el 21 de agosto de 2018 solicitó el reconocimiento pensional, al cumplir con los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990; que era beneficiario del régimen de transición; que cumplió los requisitos legales para acceder a la pensión antes del 1° de abril de 1994; que en septiembre de 2018 le fue reconocida la pensión de vejez; que la mesada fue reconocida en un monto inferior al contemplado legalmente; que cotizó más de 2200 semanas durante su vida laboral; que contra el aludido acto administrativo se interpusieron los recursos de reposición y subsidio de apelación; que con Resolución DIR 19959 de noviembre de 2018, se modificó el acto primigenio y disminuyó el monto de la mesada pensional.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la entidad aplicó el principio de favorabilidad a la hora de liquidar la pensión y el tope máximo como Ingreso Base de Cotización. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, Buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción, innominada o genérica (Carpeta 10 archivo 110013105007202001810 CONTESTACIÓN).

DECISIÓN:



Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 13 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2018, en cuantía de \$9.813.225; **condenó** a Colpensiones a pagar la suma de \$37.098.716 por concepto de retroactivo de las diferencias pensionales causadas hasta el 31 de octubre de 2021; **condenó** a Colpensiones a pagar a partir del 1 de noviembre de 2021 por concepto de pensión de vejez, la suma de \$10.679258; **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones; **declaró** no probadas las excepciones; condenó en costas a la entidad; **ordenó** remitir el proceso en consulta.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas y realizadas las operaciones aritméticas en atención a lo dispuesto en la fórmula anterior y teniendo en cuenta que el demandante cotizó en toda su vida laboral, un total 2295 semanas, arroja como una tasa de reemplazo para este caso, el 80%, de acuerdo con la liquidación adjunta realizada con apoyo del grupo liquidador de la Dirección Seccional de Administración Judicial y que hacen parte de esta decisión...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la entidad de las condenas impuestas, al estimar que, la tasa de reemplazo es decreciente y por ello, se debe tener en cuenta los salarios devengados; que el porcentaje se incrementa por cada 50 semanas adicionales a las 1300 y hasta las 1800 semanas, por lo que, la entidad reconoció el 15% adicional al mínimo y por ello, la prestación fue reconocida en forma idónea; que se debe eximir de la condena en costas a la entidad, al haber reconocido la prestación en forma idónea.



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 parte **demandante**, señala que Colpensiones al reconocer la pensión al demandante, no tuvo en cuenta las semanas adicionales cotizadas por este e ignora el principio de favorabilidad y en tal sentido, la prestación debe ser reconocida con una tasa de reemplazo del 80%, conforme a la reiterada jurisprudencia.

La apoderada de **Colpensiones**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, al plantear que, el monto de la pensión del actor no puede superar el 80% del Ingreso Base de Liquidación y por ello, la prestación ha sido reconocida en debida forma por la entidad y finalmente, reclama no se imponga condena en costas a la entidad.

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 los recursos de reposición y en subsidio apelación formulados por la actora contra la



Resolución SUB 236735 del 7 de septiembre de 2018, mediante los cuales reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a los lineamientos del Decreto 758 de 1990 y/o la Ley 797 de 2003, dada la densidad de semanas cotizadas durante toda su vida laboral, según se informa en la Resolución DIR 19959 del 13 de noviembre de similar año (folio 11 archivo 03 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación formulado por la apoderada de Colpensiones, 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 el actor tiene derecho a la reliquidación pensional, con una tasa de reemplazo superior a la fijada por la convocada a juicio.

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado del señor JOSÉ BELARMINO SALINAS SOSA, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, de las pruebas adosadas por la parte actora (Archivo 03 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a SALINAS SOSA le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 236735 del 7 de septiembre de 2018, a partir del 1º de septiembre de 2018 en cuantía inicial de \$8.896.527, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 797 de 2003, cuantía que fue modificada en la Resolución DIR 19959 del 13 de



noviembre de 2018 en valor de \$8.961.023; en igual sentido se constata que efectuó aportes al subsistema de seguridad social en pensiones desde el 10 de agosto de 1970 hasta el 31 de agosto de 2018 cuando se retiró del sistema, cotizando un total de 2.289,⁵⁷ semanas (archivo 10 de la contestación de Colpensiones, carpeta CC-19311262 HL); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Alega la apoderada de la parte demandada, que la pensión reconocida al demandante fue reliquidada por la entidad y conforme a las operaciones aritméticas efectuadas, la misma se encuentra ajustada a derecho, por lo que, en su sentir, no es viable el reajuste de la prestación con una tasa de reemplazo del 80%.

Para resolver la disyuntiva planteada por la convocada a juicio, debe esta Sala de Decisión traer a colación lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, la cual fue modificada por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que a la letra señala;

“(…)

A partir del 1 de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(…)

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de



dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

Luego entonces, a partir del año 2005 se indicó que se tendrían por cada 50 semanas adicionales a las 1300 exigidas legalmente para tener derecho a la pensión de vejez, se reconocería un porcentaje del 1.5% adicional del Ingreso Base de Liquidación, hasta llegar al tope máximo del 80%.

En el sub examine, tenemos que el demandante cotizó un total de 2.273, de acuerdo al acto administrativo emitido por Colpensiones, ya que, conforme a la historia laboral aportada por la misma entidad, se señala como realmente cotizadas, 2.289, sin embargo, en este punto, no habría ningún inconveniente, dado que el incremento en el porcentaje, es por cada 50 semanas, y los aludidos reportes no son iguales o superiores a las 2.300, luego son irrelevantes las 16 semanas registradas en forma adicional al reconocimiento pensional, ya que las fracciones de este tiempo no se contabilizan.

Volviendo al tema objeto de estudio, se tiene que, la preceptiva legal exige a los afiliados cotizar como mínimo 1300 semanas, sin embargo, en el presente caso Salinas Sosa no solo cotizó por este interregno de tiempo, sino que, cotizó 950 semanas adicionales al sistema de seguridad social en pensiones.

Así las cosas, tomando el Ingreso Base de Cotización reconocido por Colpensiones equivalente a \$12.244.051 y dividiéndolo por el salario mínimo legal mensual vigente del año 2018 (\$781.242), esto arroja un total de 15,67 salarios mínimos, procediéndose a multiplicar este valor



con 0,50 (s), nos arroja un resultado de 7,83, el cual debe ser restado al 65,50%, dando como resultado, la suma de 57,67.

Ahora, dada la cantidad de semanas cotizadas por el demandante durante su vida laboral (2273), se debe aplicar el 1,5% por cada 50 semanas adicionales con posterioridad a las 1300 (950), equivaliendo estas a 19 puntos, lo que multiplicado con el 1,5, esto arroja un porcentaje del 28,5 que incrementan el porcentaje pensional, los cuales, sumados a los indicados en forma precedente $(57,67 + 28,5)^2$, arroja un total del **86,17%** sin embargo, al señalar la preceptiva legal que ninguna pensión puede ser superior al 80%, del ingreso base de liquidación, fijada por el juzgado de conocimiento, la determinación adoptada por el Juez de conocimiento, se encuentra ajustada a derecho.

Como quiera que en la sentencia de primera instancia se efectuó la liquidación del retroactivo causado a favor del demandante, hasta el 31 de octubre de 2021, se modificará el numeral segundo de la aludida providencia, para en su lugar realizar las correspondientes operaciones aritméticas hasta el 31 de enero de 2022, de la siguiente manera.

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/09/18	31/12/18	4,09%	\$ 9.813.225,00	\$ 8.896.527,00	\$ 916.698,00	5,00	\$ 4.583.490,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 10.125.286,00	\$ 9.179.436,56	\$ 945.849,44	13,00	\$ 12.296.042,7
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 10.510.047,00	\$ 9.528.255,15	\$ 981.791,85	13,00	\$ 12.763.294,1
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 10.679.259,00	\$ 9.681.660,06	\$ 997.598,94	13,00	\$ 12.968.786,3
01/01/22	31/01/22	5,62%	\$ 11.279.433,00	\$10.225.769,35	\$1.053.663,65	1,00	\$ 1.053.663,6
Total retroactivo							\$ 43.665.276,74

² Sentencia SL3785 del 24 de Julio de 2019, Radicado No. 73809 Magistrado Ponente, Doctor, Jorge Luis Quiroz Alemán.



Consecuencia de lo anterior, se fijará como retroactivo causado desde el 1° de septiembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2022, la suma de **\$43.665.276,74**, suma de dinero que deberá ser indexada al momento de su pago.

COSTAS:

En esta instancia las costas estarán a cargo de la demandada Colpensiones y a favor del demandante, al no salir avante el recurso de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral “segundo” de la sentencia, proferida el 13 de octubre de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a pagar a favor de JOSÉ BELARMINO SALINAS SOSA, la suma de **\$43.665.276,74**, por concepto de retroactivo causado entre el 1° de septiembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2022, así como las diferencias que se causen con posterioridad hasta cuando las mismas sean incluidas en nómina.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. COSTAS. Estarán a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, dada las resultados del recurso de 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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, en la suma de \$800.000 pesos moneda corriente.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900567 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **LIBARDO VILLAMIZAR GARCÍA** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4
de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Linda Vannessa Barreto Santamaría** identificada

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900567 01

2

con cedula de ciudadanía No. 1.013.637.319 de Bogotá y tarjeta profesional 280.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jeimmy Carolina Buitrago Peralta** identificada con cedula de ciudadanía No. 53.140.467 de Bogotá y tarjeta profesional 199.923 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

De otro lado, procede la Sala a resolver el desistimiento del recurso de apelación propuesto por la parte activa contra la sentencia datada 19 de agosto de 2021, que obra en el archivo 18 del expediente digital, frente al cual se procede a su aceptación, conforme a las voces del artículo 316 del CGP, y atendiendo a que el apoderado de la parte demandante cuenta con la facultad de desistir, como emana del poder allegado a las diligencias, militante a folios 1 a 3 archivo 01 del expediente digital.

No obstante, como quiera que las pretensiones fueron totalmente adversas al demandante, procederá el Colegiado a revisar la sentencia de primer grado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a tono con lo previsto en el artículo 69 del CPT y de la SS.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LIBARDO VILLAMIZAR GARCÍA** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 1° de mayo de 1995 a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Colfondos S.A. restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; condenar a Colpensiones a recibir los valores provenientes de la AFP Colfondos S.A., al igual que contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas al RAIS, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 6 y 7 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 y 8 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis refieren que prestando sus servicios en Chevron Petroleum Co Of Colombia cotizó al otrora ISS desde el mes de abril de 1994; que el 1° de mayo de 1995, fue traslado al RAIS por parte de la AFP Colfondos S.A., acto jurídico que se consolidó sin ser asesorado o informado por la AFP llamada a juicio de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas, o inconvenientes del nuevo régimen, y en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales, Que no se le informó respecto a lo que más le convenía teniendo en cuenta entre otras cosas su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando. Que la AFP demandada no le indicó el monto del capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, a efectos de acceder al derecho pensional a una determinada edad. Que tampoco se le asesoró sobre la distribución de su aporte mensual, la negociación del bono pensional, ni se le efectuaron proyecciones futuras de su pensión en cada uno de los regímenes. Concluye indicando que el 1° de febrero de 2019 solicitó a Colpensiones su traslado al RPM.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se tiene que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 71 a 104 archivo 01 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, la afiliación del demandante se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia de fondo de pensiones, siendo el RAIS su elección inicial. Refiere que Colfondos S.A. por medio de sus asesores comerciales, sí brindaron al demandante una asesoría completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le informó sobre sus características, funcionamiento y diferencias de cara al RPM, ventajas y desventajas,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

rentabilidad de los aportes, derecho de retractación y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Concluye afirmando que el acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación contiene la firma del accionante, por manera que no existió presión, ni coacción alguna, y su consentimiento no se encuentra viciado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica (fls. 120 a 129 archivo 01 del expediente digital).

Por su parte, el vinculado **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, aduciendo en síntesis que los supuestos engaños de que dice fue objeto el demandante por parte de la AFP COLFONDOS y que presuntamente fueron la razón principal que lo llevaron a concretar su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, deben ser plenamente demostrados, dado que no basta con el solo hecho de manifestar un posible engaño en la asesoría brindada por los funcionarios de los Fondos de Pensiones (sin que exista prueba de ello), para que el Señor Juez decrete la nulidad de la afiliación al RAIS, y menos aun cuando en el caso que nos ocupa, el retorno del señor VILLAMIZAR GARCÍA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es imposible de declarar, dada su condición de pensionado por vejez del fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. A su vez, afirma que concurre como emisor y único contribuyente del bono pensional tipo A modalidad 2, del actor la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY OF COLOMBIA, de suerte que la Nación no es ni emisor, ni mucho menos contribuyente, por lo que se debe señalar que la actuación de la OBP únicamente se ha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900567 01

6

centrado en este caso, en prestar o facilitar a los emisores de los bonos pensionales, el acceso al Sistema de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, dispuesto para liquidar los bonos en mención. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó buena fe y la genérica (fls. 1 a 14 archivo 19 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de agosto de 2021, resolvió **negar** las pretensiones incoadas por el demandante; **absolver** a las demandadas y vinculadas de las pretensiones formuladas; **declarar** probadas las excepciones propuestas por las accionadas y **condenar** en costas al demandante (Archivo 22 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia, la nulidad o ineficacia del traslado de una persona que ya adquirió el estatus de pensionado en el RAIS, como es el caso del actor, carece de visos de prosperidad, dado que tal calidad representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado que no es razonable retrotraer, pues de lo contrario, se abriría paso a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, actos, relaciones jurídicas, derechos e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, generando un efecto desfavorable al fondo público de pensiones. Concluyendo que en el caso de autos se excluye la aplicación de la jurisprudencia de la alta Corporación, en la cual se ha impuesto a las administradoras de fondos de pensiones la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información, pues el actor al aceptar la prestación de vejez expresó su voluntad libre de pertenecer al RAIS y saneó cualquier irregularidad presentada 20 años atrás.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, y como quiera que la parte activa ha desistido de su recurso de alzada, el cual ha sido aceptado, la decisión se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900567 01

7

revisará por vía del grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que se puede pretender dejar sin efecto un acto jurídico como un reconocimiento pensional el cual es irrenunciable, lo cual no puede desconocer que el legislador, en desarrollo del mandato superior art 48, y en concordancia con el artículo 45 de la Carta Política, se garantiza un derecho a la Seguridad social integral a los pensionados a través de un sistema orientado a la protección contra las contingencias derivadas de vejez, invalidez y la muerte, mediante los regímenes de prima media o de ahorro individual, de acuerdo con la libre escogencia de régimen que realice el pensionado durante su etapa de afiliación y cotizante en el sistema general de pensiones; por tanto, a su juicio no se puede desconocer la voluntad del afiliado hoy PENSIONADO de, primero cotizar en el régimen de ahorro individual y segundo, pensionarse en el mismo régimen, disfrutando de sus beneficios, por lo cual no es procedente que el demandante venga a alegar después de 23 años de estar afiliado al RAIS, y de más de 3 años de estar gozando de una mesada pensional, que fue engañado, cuando conocía las ventajas de estar en el RAIS, entre las cuales se encuentra ser beneficiario de la prestación de vejez.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** refiere que el señor LIBARDO VILLAMIZAR



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

GARCÍA firmo formulario de afiliación trasladándose el 1 de mayo de 1995 a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES COLFONDOS, de acuerdo a la documental allegada en el expediente, por lo cual se infiere que el traslado la realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando la misma de plena validez. Señala que de acuerdo al artículo 1750 del Código Civil el plazo para pedir la rescisión es de 4 años los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y si el traslado del régimen se hizo en el año 1995 según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del año 1999, por lo cual tampoco se observa el uso de dicho retracto. Afirma que el demandante nació el 2 de julio de 1955 y presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 1 de febrero de 2019 solicitando el traslado de régimen pensional, observándose de este modo que se encuentra dentro de la prohibición legal, de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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, no se evidencia solicitud del convocante tendiente a obtener la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS, por lo que se entiende su agotamiento con la radicación de la demanda.



07201900567 01

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 en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LIBARDO VILLAMIZAR GARCÍA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 37 archivo 01) historia laboral para bono pensional (fls. 38 a 39 archivo 01, fls. 5 a 6 archivo 05 y fls. 19 a 25 archivo 18), historia laboral consolidada emitida por la AFP Colfondos S.A. (fls. 40 a 44 archivo 01), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fl. 45 archivo 01 y archivo 02), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 46 a 50 archivo 01), pre cálculo pensión moralidad retiro programado (fl. 51 archivo 01), proyección pensión Ley 100 de 1993 (fls. 53 a 57 archivo 01), expediente administrativo (archivo 04), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 4 archivo 05), comunicación de reconocimiento de pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado (fls. 7 a 9 archivo 05), solicitud de reconocimiento pensional (fls. 10 a 12 archivo 05), contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado (fls. 13 a 19), aceptación de riesgos y recálculo en la modalidad de retiro programado (fls. 20 a 21 archivo 05), solicitud aumento mesada pensional (fls. 22 a 24 archivo 05), formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (fl. 25 archivo 05), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 12).

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



07201900567 01

beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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



07201900567 01

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).



07201900567 01

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer



07201900567 01

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en



07201900567 01

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».



07201900567 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo,



07201900567 01

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:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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



07201900567 01

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,



07201900567 01

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 1º de abril de 1994 hasta el 31 de marzo de 1998, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Archivo 02 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 16 de octubre de 1997 (fl. 24 archivo 06 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente vinculado en calidad de pensionado, misma que adquirió el 16 de octubre de 2019, según lo manifestado en el interrogatorio de parte rendido en las diligencias (Archivo de audio 13 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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. 24 archivo 06 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que cuando se afilió a la AFP Colfondos, la asesora de tal sociedad se limitó a indicarle a él y a unos compañeros, que allí se pensionarían de manera anticipada, con un mayor monto pensional al ofrecido por el ISS, además, no recibieron ninguna información referente a ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional, pues esa reunión duró poco tiempo, mientras la asesora diligenciaba el formulario de afiliación. Que la AFP llamada a la acción le reconoció una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado desde el 16 de octubre de 2019, la cual solicitó aun cuando ya había promovido la demanda, dado que tiene dos hijos dependientes y debía garantizar su mínimo vital. (Audio 13 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colfondos que se traduce en una falta a su deber de información, 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, circunstancia que en principio decante en la ineficacia de tal acto jurídico.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pese a ello, la Sala de Decisión no revocará la sentencia de primer grado en sede de grado jurisdiccional de consulta, dado que al no existir discusión sobre el hecho que el demandante se encuentra recibiendo pensión por parte del fondo de pensiones privado antes citado, forzoso es concluir que la controversia debe definirse a la luz de la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que a partir de la sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, abordó el tema referente al pensionado que busca que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la erigida de la falta del deber de información, en la cual moduló que:

«Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. **No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:*

[1: SL1688-2019, SL3464-2019]

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento



07201900567 01

cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(...)

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado». (Resalta la Sala).

En los supuestos expuestos por la Corporación de cierre en materia ordinaria, se ubica sin duda alguna el demandante, pues aun cuando quedó demostrada la inexistencia de elemento de persuasión que conduzca a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, al no incorporarse por la pasiva ningún elemento que condujera a la certeza del cumplimiento del deber de información, lo cierto es que, no se puede echar de menos la hermenéutica que se trajo a colación, misma que impide a la Sala acceder a las pretensiones peticionadas por el promotor del juicio.

Postura que, viene siendo asumida recientemente por esta Sala de Decisión, dado que la providencia citada, emitida por la Sala Laboral de la CSJ, cambia totalmente el panorama frente al reconocimiento actual, en la medida en que interpreta y limita el alcance que se le debe dar al derecho de información de quienes solicitan su declaración; criterio respecto del cual no se aparta esta Corporación, no solo por su carácter vinculante, debido a que dicha autoridad es la llamada a unificar la jurisprudencia nacional de esta jurisdicción especialísima, sino además, por cuanto responde a un problema jurídico que no había sido tratado en su jurisprudencia, y al ser analizada en términos de fuerza vinculante, no discrepa esta Sala.

Puestas así las cosas, como el demandante viene disfrutando de pensión de vejez desde el 16 de octubre de 2019, misma que le fue reconocida por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, según él lo aceptó en su interrogatorio de parte, resulta inoperante la pretendida declaratoria de ineficacia del traslado al tener consolidado su derecho pensional, circunstancia que no se modifica por el hecho de haberse elevado la solicitud de reconocimiento pensional durante el transcurso del presente proceso, dado que a la data de su definición, ya había sido sentado el nuevo criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021.

Dimanando en la confirmación del fallo consultado.

COSTAS.

Se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia no se impondrán condena en costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 19 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LIBARDO VILLAMIZAR GARCÍA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia no se impondrán condena en costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

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 **ADRIANA CALLE NIETO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la 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 y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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: La señora ADRIANA CALLE NIETO, solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado el 1° de abril de 1995 a ING hoy Protección, por el suministro indebido de información.

Consecuencia de lo anterior, se ordene anular los traslados efectuados al RAIS; se ordene a Colpensiones, Protección y Porvenir realizar las gestiones administrativas necesarias para anular el traslado efectuado por la actora; se trasladen los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora; que Colpensiones reciba sin solución de continuidad a la trabajadora; que se corrija la historia laboral; que la afiliación válida fue la realizada el 15 de noviembre de 1989; se ordene el pago de costas y agencias en derecho y se imparta condena conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 83 a 84 del archivo 02 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 13 de marzo de 1965; que se afilió al RPM el 10 de mayo de 1982; que se trasladó a ING hoy Protección el 1 de abril de 1995; que no recibió la información necesaria para trasladarse de régimen; que el 1 de abril del 2000 se trasladó de Protección a Porvenir S.A.; que el 1 de febrero de 2005 se trasladó de Porvenir a Protección S.A.; que cuenta con 1.499 semanas de cotización; que Protección debió informar a la demandante sobre la imposibilidad de retornar al RPM, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, pero no lo hizo; que presentó sendos derechos de petición ante las demandadas.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las



pretensiones al considerar que, la demandante hizo uso del derecho de libre elección y por ello, se trasladó de régimen, adicionalmente, el aludido traslado es válido. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fl. 111 del archivo 02 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que el acto jurídico es válido, se encuentra exento de vicios del consentimiento al momento de su celebración, al ser suscrita en forma libre y voluntaria. (fl. 3 del archivo 03 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, centró su oposición a las pretensiones incoadas por la demandante, arguyendo para tal efecto que, las pretensiones iban dirigidas contra una entidad diferente a la convocada. Como **excepciones** propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica (fl. 2 del archivo 12 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado materializado el 9 de marzo de 1995, 28 de marzo de 2000 y 29 de noviembre de 2004 efectuado a Protección, Porvenir y finalmente a Protección; **declaró** afiliada válidamente a la actora al RPM; **condenó** a Protección a devolver a Colpensiones los valores recibidos por concepto de la afiliación de la actora; **absolvió** a las demandadas de las



demás pretensiones; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a las demandadas; **ordenó** la consulta de la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas, en ese orden de ideas atendiendo que el único documento que reposa dentro del plenario del cual se pretende dar por sentado ese deber de información, es el formulario de vinculación y tal como lo precisé en líneas anteriores, este no me da cuenta de que a la demandante se le hubiera suministrado una mínima información acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias...” (1:21:04)

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Protección S.A.**, interpone recurso de apelación en forma parcial, respecto a la orden de devolver las cuotas de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante al RAIS, ya que estos emolumentos se encuentran autorizados legalmente y fueron pagados durante la afiliación de la trabajadora; que la entidad prestó sus servicios y generó ganancias a favor de la afiliada; que en caso de prosperar la solicitud de ineficacia solicita se aplique el fenómeno prescriptivo dado el curso de tiempo transcurrido entre la afiliación y la declaratoria de ineficacia.

La apoderada de **Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia, al estimar que, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a Colpensiones, afectándose la sostenibilidad financiera de la entidad y confianza legítima en lo tocante al formulario de afiliación suscrito por la actora; que la demandante efectuó traslados horizontales, en tres oportunidades y no solicitó su retorno al RPM; que el motivo para



retornar a Colpensiones es el monto de la mesada pensional; que para la época de los traslados solo se exigía a las AFPs suscribir el formulario; que en caso de no revocarse la sentencia, solicita no se imponga condena en costas a la entidad.

El apoderado de **Colpensiones** solicita se revoque la sentencia, al valorar que, el traslado fue realizado en forma voluntaria por la parte demandante; adicionalmente, que se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a Colpensiones; que la trabajadora hizo varios movimientos entre administradoras; que estuvo vinculada al RAIS por un tiempo prolongado sin mostrar interés por retornar al RPM; que no se puede afectar la sostenibilidad financiera de la entidad; que no se debió condenar al pago de costas, ya que la entidad actuó de buena fe.

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:

El apoderado de la **demandante**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que, no se encuentra acreditada la información suministrada a la demandante, por parte del fondo de pensiones.

La demandada **Porvenir S.A.**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, al estimar que, no se encontraban acreditados los vicios del consentimiento para declarar la nulidad del acto del traslado; que la entidad garantizó el derecho de retracto a su afiliada; que no es viable imponer cargas distintas al fondo; que se brindó una debida



asesoría a la afiliada y esta no se preocupó por conocer aspectos relevantes del sistema; que los gastos de administración son costos descontados en forma legal y su devolución genera un enriquecimiento sin justa causa al RPM.

Parte demandada.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 70 del expediente digital (archivo 02), y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable a la peticionaria el 21 de octubre de 2019 (fl. 81 del archivo 02 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los recursos incoados por los apoderados de 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 nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Adriana Calle Nieto al régimen de ahorro individual administrado por Davivir S.A. hoy Protección S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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 (fl. 22 del archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 23 del



archivo 02 del expediente digital); certificado emitido por Colpensiones (fl. 27 del archivo 02 del expediente digital); historia laboral emitida por Protección (fl. 28 del archivo 02 del expediente digital y 54 del archivo 03 del expediente digital); derecho de petición incoado ante Protección, Porvenir y Colpensiones (fl. 45, 59, 70 del archivo 02 del expediente digital); respuesta de Protección, Colpensiones a derecho de petición (fl. 56, 81 del archivo 02 del expediente digital); formulario de afiliación a Davivir (fl. 20 archivo 03 del expediente digital); solicitud de traslado presentado en marzo de 1995 (fl. 21 archivo 03 del expediente digital); formulario de afiliación al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander (fl. 22 archivo 03 del expediente digital); reporte de estado de cuenta emitido por Protección (fl. 23 archivo 03 del expediente digital); certificado de Asofondos – SIAFP (fl. 50 archivo 03 del expediente digital); resumen de historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda (fl. 52 archivo 03 del expediente digital); respuesta de Protección a solicitud de la parte actora (fl. 70 archivo 03 del expediente digital).

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



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

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

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

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

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

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



realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social,



transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros



conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y 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 vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de noviembre de 1989 al 31 de marzo de 1995, tal como se advierte de la historia laboral allegada por las partes intervinientes en el litigio, para luego afiliarse a Davivir hoy Protección el 9 de marzo de 1995 y luego se trasladó a Porvenir el 28 de marzo de 2000 y finalmente se traslada a Santander hoy Protección S.A. el 29 de noviembre de 2004 (fl. 20, 22, 69 archivo 03 y 12 del expediente digital) fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 20 y 22 del archivo 03 del expediente digital y 69 del archivo 12).

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 la afiliación a Davivir hoy Protección se efectuó *“Yo inicié con el Seguro Social, pero hacia inicios del 95 fueron a hacernos visita, de, en ese tiempo Davivir, el asesor me mostró el formulario para cambiarnos que, porque el Seguro Social estaba en crisis económica, que se iba a acabar, que corríamos el riesgo de perder las semanas cotizadas y que ellos en ese momento estaban*



en la capacidad de respaldarnos a nosotros y que nosotros no perdiéramos ese tiempo ya cotizado”, que tal asesoría se llevó a cabo en la oficina donde trabajaba, que esta no duró más de 10 o 15 minutos y fue el mismo asesor quien diligenció el formulario de afiliación e informó que las semanas cotizadas con el Instituto de Seguros Sociales no se perderían, pero si corría ese riesgo si no efectuaba el traslado.

Que el asesor no le habló de los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS, ni que se abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre y que esta generaría rendimientos, que para el reconocimiento pensional necesitaría de determinado capital, así como tampoco se le informó respecto a los gastos de administración, ni las diferencias entre los regímenes pensionales.

Que el traslado entre fondos privados obedeció a que en la empresa les ofrecieron un cambio de fondo de pensiones y su deseo de retornar a Colpensiones, es porque nunca le informaron cómo iba a obtener el monto de la mesada pensional y estima que el reconocimiento prestacional sería mejor en el RPM.

En lo tocante a la información suministrada, por Davivir hoy Protección y Porvenir, fue conteste en señalar que, no le hablaron de ventajas, desventajas y consecuencias que acarrearía el traslado de régimen y posteriormente los traslados horizontales.

En lo atinente a extractos de la cuenta individual indicó recibirlos desde hace poco, vía correo electrónico, que para el año 1995 no los recibía.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a



juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la



demandada AFP Protección S.A. y Porvenir, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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 rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFPs, de reintegrar tales valores.

Fue alegado en la alzada, el estudio del fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.



Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.

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

COSTAS.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, Porvenir y Protección, dadas las resultas del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ADRIANA CALLE NIETO** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Protección, Porvenir S.A, Colpensiones 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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las AFPs PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES a favor de la demandante, ADRIANA CALLE NIETO en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GIOVANNI BETANCUR BETANCUR** contra **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. – INDEGA S.A, COMPAÑÍA CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. Y LIBERTY SEGUROS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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»



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor GIOVANNI BETANCUR BETANCUR reclama se declare que, trabaja con la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. – INDEGA S.A.; que el contrato suscrito es a término indefinido; que presta sus servicios desde el 21 de septiembre de 2008 por intermedio de la empresa CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el cargo desempeñado es de operador de logística; que cumplía un horario de trabajo; que goza de estabilidad laboral reforzada debido a una pérdida de capacidad laboral; que cumplía órdenes e instrucciones dadas por empleados de la empresa INDEGA S.A.; que la demandada se ha beneficiado de los servicios prestados por el actor; que el salario devengado fue de \$1.216.300; que se presenta culpa patronal por parte de la convocada a juicio; que tiene derecho al reconocimiento de derechos convencionales; que se le deben reliquidar las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión; que no fueron consignadas las cesantías.

Como consecuencia de lo anterior solicita en forma principal se condene a la demandada a incluir al demandante en la nómina de trabajadores; a pagar los derechos establecidos en la Convención Colectiva o Pacto Colectivo; a pagar la diferencia salarial causada durante la prestación del servicio; que se reliquiden las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensiones; se condene a la sanción por no consignación de las cesantías y no pago de intereses a las cesantías; que se reconozca y vele por la salud del demandante, al ser una persona con estabilidad laboral reforzada; se reconozcan y paguen derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; a pagar las costas y agencias en derecho; se indexen los valores reconocidos; que se paguen



perjuicios inmateriales o morales objetivados y subjetivados causados al no haberse suministrado herramientas y medidas de seguridad, equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes; a pagar perjuicios materiales o patrimoniales futuros, consistente en daño emergente y lucro cesante; a pagar perjuicios fisiológicos y se oficie al Ministerio de Trabajo para que investigue las faltas incurridas por la demandada.

Como pretensiones subsidiarias solicitó el reintegro en caso de que el contrato fuese terminado durante el trámite del proceso y consecuencia de ello, se condene al reintegro al cargo desempeñado o a uno de igual o superior categoría; a pagar y reliquidar los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social causados durante el despido; a pagar la sanción por no consignación de las cesantías y no pago de intereses a las cesantías; a pagar diferencia entre salarios devengados por el personal de la empresa con la labor asignada por el demandante; que se indexen los valores reconocidos; se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Que en caso de que no se ordene el reintegro, solicita se condene a reconocer y pagar sanción moratoria, diferencia salarial, reliquidar cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y aportes a seguridad social en salud y pensiones; a pagar sanción por no consignación de las cesantías e intereses a las cesantías y se indexen los valores reconocidos.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 14 a 24 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que ingresó a trabajar en INDEGA S.A., el 21 de septiembre de 2008 por intermedio de la empresa Contactamos Outsourcing; que el cargo



desempeñado fue como operador logístico; que se benefició del servicio de transporte, restaurante, enfriadores con productos elaborados en la empresa, servicios ofrecidos por INDEGA S.A. a sus trabajadores; que no le ha sido incrementado el salario en 3 años; que para ingresar a las instalaciones de la empresa debe presentar un carné; que la empresa rota a los trabajadores; que cumple un horario y funciones asignados por la contratante; que INDEGA se ha beneficiado de los servicios prestados por el trabajador por más de 10 años; que el salario devengado por el demandante es inferior a los trabajadores directos de INDEGA; que no se ha beneficiado de la convención y pacto colectivo suscritos por la empresa; que tiene derecho a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social; que no le fueron consignadas las cesantías con el salario que debía devengar a un fondo; que en cita médica le expiden recomendaciones y posteriormente examen de aptitud ocupacional; que las enfermedades padecidas por el demandante se ocasionaron por el trabajo prestado en INDEGA.

CONTESTACIÓN: La sociedad **IINDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, entre el demandante y la empresa nunca ha existido ningún vínculo laboral, máxime que, el contrato fue suscrito entre el actor y la empresa Contactamos Servicios Ltda. Como medios **exceptivos** propuso las de, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, compensación, buena fe y la genérica (fl. 380 archivo 01 del expediente digital).

Con auto del 19 de noviembre de 2018, el juzgado de conocimiento aceptó la integración del litisconsorcio necesario incoado por Industria Nacional de Gaseosas S.A. – INDEGA S.A., y consecuencia de ello, ordenó la notificación de la empresa CONTACTAMOS SERVICIOS



Ltda., hoy CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. (fl. 518 del archivo 01 del expediente digital).

En audiencia pública celebrada el 10 de febrero de 2020, se ordenó el llamamiento en garantía de LIBERTY SEGUROS S.A. y se ordenó nombrarle curador ad litem a la empresa Contactamos Outsourcing S.A. (fl. 620 del archivo 01 del expediente digital).

La llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que, las mismas no se encuentran dirigidas contra el ente asegurador y adicional a ello, no se cumplen con los requisitos legales para cubrir obligaciones prestaciones conforme al contrato suscrito con INDEGA S.A.. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación de indemnizar daños materiales e inmateriales o perjuicios derivados de una responsabilidad civil que se originen al personal de trabajo utilizado por el contratista o el contratante durante la ejecución del contrato garantizado bajo la póliza de seguro de cumplimiento para particulares No. 1347586, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento para particulares No. 1347586 – conforme al artículo 1081 del Código de Comercio; la obligación de la aseguradora va hasta el límite del valor asegurado y probado de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 1347586- conforme con los artículos 1079, 1080 y 1089; otras excepciones de fondo o mérito que la demandada Liberty Seguros S.A. se permite proponer; objeción a la estimación de las pretensiones del actor Giovanni Betancur Betancur y a las de Industria Nacional de Gaseosas S.A.; la genérica o innominada que resulte de los hechos probados (fl. 640 archivo 01 del expediente digital).



El curador ad litem de **CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ateniéndose a lo que resultara probado en el proceso (fl. 702 del archivo 01 del expediente digital)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 10 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante e INDEGA, desde el 21 de septiembre de 2008 y el cual se encuentra vigente, en el cargo de operador logístico y tuvo como simple intermediaria a la sociedad Contactamos Outsourcing; **absolvió** a las demandadas de las pretensiones incoadas; se **abstuvo** de imponer condena en costas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas con base en estas pruebas que acabé de reseñar y la normativa que expuse en la parte final o precedentemente a lo que voy a exponer resulta claro para esta operadora o para esta juzgadora que el demandante tal como ya lo enuncié, demostró la prestación del servicio a favor de la Industria Nacional de gaseosas en la medida que era la entidad que se beneficiaba con la labor ejecutada por este, fue la actividad desarrollada por el actor era propia del giro ordinaria de la citada sociedad, además los productos manipulados por el actor eran de propiedad de dicha compañía, con elementos que también eran de su dominio, en un área o espacio que también era de propiedad de Indega, tareas que estaban sujetas a la necesidad del cliente, que era el que daba la orden de cuántos productos de oferta se debían armar y quién además suministraba el material principal, esto es las gaseosas, los jugos o aguas, pues de no entregar los mismos ninguna actividad podían ejercer y de esta forma al no desvirtuarse tal presunción, por el contrario quedó claro la dependencia y subordinación, hay lugar como lo dije a declarar la existencia de un contrato de trabajo con el señor Giovanni entre el señor Giovanni Betancourt Betancourt con la compañía Industria Nacional de gaseosas desde el 21 de septiembre del 2008, el que aún se está



ejecutando pero en la modalidad a término indefinido, habida consideración que no claro para esta instancia la labor o la obra determinada para el cual fue contratado por quién figura como simple intermediario a efectos de darle esa denominación y al no indicarse con precisión tal presupuesto el cual a todas luces resulta relevante para poder establecer su temporalidad de declararse qué es a término indefinido.....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante**, interpone recurso de apelación frente al reconocimiento y pago de beneficios convencionales y pactos colectivos, máxime que la demandada no se opuso frente a los aludidos documentos; que el actor no tiene incrementos salariales afectando los derechos laborales del trabajador; que los salarios fijados por INDEGA son superiores a los convenidos y reconocidos al demandante.

El apoderado de **INDEGA**, interpone recurso de apelación, frente a la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre la entidad y el demandante, al estimar que, el giro ordinario de la empresa y el objeto social, no fue estudiado en debida forma; que entre Indega y Contactamos celebraron un contrato comercial, el cual es válido; que tampoco se valoraron la prueba de interrogatorio a la representante legal de la empresa y testigos de la entidad; que los actos de los cuales se predica la subordinación son naturales y obvios en una relación comercial; que no se tuvo en cuenta los conceptos insumos y productos, ya que Indega contrató el armado de paquetes, entregándole el producto a Contactamos que se encargan de pegarlas con un plástico, pero no es un nuevo producto; que el hecho de usar el Casino, no genera una subordinación; que no estamos en presencia de la figura del simple intermediario sino de un contratista independiente y por ello, la entidad no es el empleador directo de la parte actora; que Indega no tiene ningún empleado en su nómina de trabajadores, el cargo ostentado por el actor; que se dio por sentado que los elementos



suministrados al actor para desarrollar la labor era de Indega, pero el testimonio en este punto no es claro, como sí lo fue por parte de la representante legal de la entidad.

El apoderado de **OUTSOURCING CONTACTAMOS**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que las declaraciones de Milton y María Paula, Alexander, fueron estudiadas en forma parcializada; que se confunden las instrucciones dadas al contratista con las directrices u órdenes, quiénes eran los encargados de impartir órdenes y adelantar procesos disciplinarios; en lo tocante a la declaración del señor Víctor Matoma, indicó que su declaración no fue clara como los demás deponentes; que las directrices u órdenes se impartían por parte de supervisores de la empresa Outsourcing; que se encuentra demostrado que Contactamos con los trabajadores, herramientas necesarias para desarrollar el objeto social, realizaba los paquetes, de acuerdo a como lo quisiera distribuir la empresa, conforme al contrato comercial; que el carné era expedido a todas las personas que ingresaran a Indega y el uso del casino, podía ser utilizado por cualquier persona que estuviera en las instalaciones de Indega; que solicita se aplique lo dispuesto en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo; que en algunas ocasiones el horario del actor coincidía con los trabajadores de Indega; que el empleador era Contactamos y no Indega.

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:



El apoderado de la demandada, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. – INDEGA**, solicitó se revocara el numeral primero de la sentencia apelada, al considerar que, la empresa suscribió contrato con Contactamos Outsourcing S.A.S y las actividades desplegadas por el actor no implican la elaboración o transformación de las bebidas que ellos fabrican; en segundo lugar que, no se encuentra acreditadas las órdenes impartidas al demandante por parte de la empresa.

El apoderado de la empresa **CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, al estimar que, el demandante prestó los servicios a favor de dicha empresa; que existe una indebida interpretación en lo tocante a las órdenes de servicio y a las de obediencia; que el actor se encontraba subordinado a dicha empresa y utilizaba para realizar sus actividades herramientas de esta.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y los recursos de apelación propuestos tanto por las partes intervinientes en el litigio, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con



las inconformidades de la alzada², el determinar si se configuran los elementos esenciales del contrato para declarar la existencia del vínculo contractual entre GIOVANNI BETANCUR BETANCUR e INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS – INDEGA y consecuencia de ello, se estudiará si es procedente tener como simple intermediaria a la empresa CONTACTAMOS, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T., en caso de ser afirmativa esta premisa, entrará la Sala al estudio de los beneficios convencionales reclamados por la parte actora.

DE LA RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil –*Ley 1564 de 2012*–, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Dadas las divergencias y argumentos esgrimidos por las demandadas convocadas a juicio, procederá esta Sala de Decisión a estudiar las pruebas recaudadas en el decurso procesal, acorde a lo reglado en los artículos 60 y 61 del C.P.T y la S.S; dentro de los cuales se evidencian los documentos que a continuación se relacionan:

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



1. Contrato de trabajo de obra o labor suscrito entre el demandante y Contactamos Servicios (fl. 78 archivo 01 del expediente digital y fl 74 archivo 08).
2. Acta de cargos y descargos No. 105-2011 (fl. 80 archivo 01 del expediente digital).
3. Certificaciones laborales emitidas por Contactamos al demandante (fl. 82, 84, 86, 88, 90, archivo 01 del expediente digital).
4. Desprendible de pago de nómina (fl. 92 a 102 archivo 01 del expediente digital y fl. 35 y 248 del archivo 08 del expediente digital).
5. Cuadro de programación de operadores (fl. 104, 106 archivo 01 del expediente digital).
6. Concepto de aptitud ocupacional del actor (fl. 110 archivo 01 del expediente digital).
7. Concepto de aptitud ocupacional, exámenes médicos e historia clínica del demandante (fl. 110 a 140 archivo 01 del expediente digital).
8. Convención Colectiva de trabajo 2016-2018 (fl. 144 a 193 archivo 01 del expediente digital).
9. Fotografías del demandante (fl. 194, 195 archivo 01 del expediente digital).
10. Sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Bogotá (fl. 196 a 274 archivo 01 del expediente digital).
11. Certificado de existencia y representación legal de Industria Nacional de Gaseosas S.A. y Contactamos Outsourcing S.A.S. (fl. 360, 482, 602 archivo 01 del expediente digital y fl 30 archivo 08).
12. Ofertas presentadas por Contactamos a Indega (fl. 415, 422, 432, 435 archivo 01 del expediente digital).
13. Orden de compra de servicios (fl. 420, 430, 434 archivo 01 del expediente digital).



14. Contratos de prestación de servicios suscritos entre Indega y Contactamos (fl. 438, 458 archivo 01 del expediente digital).
15. Acta de terminación de mutuo acuerdo celebrada entre las demandadas (fl. 456 archivo 01 del expediente digital).
16. Cesión de contrato de Compañía de Servicios Comerciales S.A.S. (fl. 480 archivo 01 del expediente digital).
17. Póliza de seguro suscrita por Indega (fl. 514 archivo 01 del expediente digital).
18. Entrega de dotación (fl. 69 archivo 08 del expediente digital).
19. Certificado de aportes emitido por Asopagos S.A. (fl. 76 archivo 08)

Para resolver, se tiene que de tiempo atrás la Doctrina y la Jurisprudencia han establecido que en los juicios laborales en cuyo debate se pretenda establecer la existencia de un vínculo laboral habrá de primar la realidad sobre las formalidades como lo ordena el artículo 53 de nuestra Carta Política. De esta manera, cobra vital importancia establecer si se dieron los presupuestos facticos y jurídicos necesarios para que confluyeran los elementos esenciales del contrato de trabajo, fijados en el artículo 22 del C.S.T, como son: prestación personal del servicio, remuneración y continua subordinación.

Así mismo, el artículo 24 del C.S.T., establece que se presume la existencia de la relación laboral cuando quiera que se encuentre acreditada la prestación humana del servicio, de ahí que corresponda al trabajador acreditar dicho requisito y al empleador desvirtuar esta presunción.

Con todo, en virtud del principio de la carga de la prueba establecido en el artículo 167 del CGP aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S corresponde al



demandante acreditar además de la prestación personal del servicio, los extremos de la relación laboral, el cargo desempeñado, el salario, las partes y la causal que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo.

En atención al problema jurídico planteado, tenemos en primera medida que, se evidencia copia del contrato de trabajo suscrito entre GIOVANNI BETANCUR BETANCUR y la COMPAÑÍA CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., el 21 de septiembre de 2008 en la modalidad contractual de obra o labor contratada, para desarrollar el cargo de Operario Logístico y prestar sus labores en Industria Nacional de Gaseosa S.A., con un salario variable (fls. 78 archivo 01 y 74 archivo 08 del expediente digital), teniendo como objeto:

«EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR y éste se obliga: A poner al servicio del EMPLEADOR toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta EL EMPLEADOR o sus representantes...»

Dentro del citado documento, igualmente se aduce como duración *«del presente contrato corresponde al tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada de conformidad con el artículo 45 del CST o de la finalización o terminación de la relación contractual de la empresa con un tercero para quien se ejecute dicha labor»*. Circunstancias que se atestatan de las certificaciones adosadas a folio 82, 84, 86, 88, que sobre tal aspecto refiere que la activa labora *«como trabajador (a) nuestro(a) desempeñándose en el cargo de Operador Logístico para desarrollar las diferentes actividades contratadas por la empresa. Actualmente se encuentra desempeñando la actividad de OFERTAS, devengando un salario promedio mensual de (\$1.530.889) ...»*, documentos rubricados



por, recursos humanos, el jefe administrativo, la gerente de gestión humana de Contactamos S.A.S.,

Pese a haber suscrito contrato de obra o labor con la empresa CONTACTAMOS, alegó el demandante, que esta empresa era una simple intermediaria, dado que los servicios fueron prestados a favor de INDEGA S.A., ello al estimar, que gozó del servicio de transporte, restaurante, enfriadores, a los cuales solo tenían acceso o derecho los trabajadores de la enunciada compañía, además, que debía portar un carné para ingresar a las instalaciones de la empresa y cumplir funciones en igualdad de condiciones que los trabajadores contratados en forma directa por INDEGA, por lo que, dicha entidad es su verdadera empleadora.

Luego entonces, en primera medida deberá esta Sala de Decisión establecer la diferencia entre el simple intermediario y el contratista independiente, objeto de controversia en la presente Litis.

SIMPLE INTERMEDIARIO

Para tales efectos, tenemos que la figura del simple intermediario, se encuentra regulada en el artículo 35 del C.S.T., que a la letra señala;

“1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. (...).”



En lo atinente a este aspecto, sostuvo la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, lo siguiente:

“Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

“b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.”

CONTRATISTA INDEPENDIENTE

A su turno, los contratistas independientes, se encuentran definidos o regulados en el artículo 34 del C.S.T., que a la letra expone;

*“1. Son contratistas independientes y, por tanto, **verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios**, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (...)”*

Ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que, por su esencia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,



contempla dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. Las dos relaciones, a no dudarlo, son disímiles en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio (sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicado 55498).

En este punto, debe resaltarse que, la característica principal de los contratistas independientes es que asumen el riesgo de realizar una labor a cambio de un precio, el cual es pactado o establecido mediante un contrato con el dueño de la obra y consecuencia de ello, el objeto o actividad no es la intermediación laboral, sino el despliegue de una labor o servicio determinado, gozando para tales efectos de autonomía técnica, administrativa y directiva³.

Por lo que, de presentarse, conforme al artículo 34 del CST, responderá únicamente de manera solidaria, pero en manera alguna tomará la calidad de empleador.

³ Sentencia SL 4162-2021



En este punto, esta figura se funda en el deseo de la empresa de no realizar en forma directa actividades de su proceso productivo y consecuencia de ello, delegar o asignar dicha tarea a otra empresa⁴.

Así, y pese a encontrarse diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial, puede presentarse confusión frente a cuál de ellas es la que regula una relación de trabajo, más si se tiene en cuenta que ambas poseen consecuencias legales disímiles para el beneficiario del servicio, por lo que, ha de ser el juez quien determine, con base en los elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada caso, la figura aplicable. Así lo ha establecido el Tribunal de Casación al instituir,

*“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, **sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.**”* (Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, reiterada en sentencia SL868-2013 Radicación n° 56580 de 13 de noviembre de 2013).

Para tal efecto, se debe recordar que, en cuanto a la solidaridad en tratándose del contratista independiente, el artículo 34 del CST, señala:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de

⁴ Sentencia CSJ SL4479-2020



labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”.

Precepto legal, modulado e interpretado por la H. Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica, únicamente, cuando se constata una identidad tajante con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma, se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 7789 del 1° de junio de 2016, radicado: 49730, MP: FERNANDO CASTILLO CADENA, en la que hace alusión a la del 26 de marzo de 2014, radicado 39000, que indicó:

“No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.

(...)

Acerca del puntual aspecto que hoy ocupa la atención de la Sala, ya en sentencia de 26 de marzo de 2014 radicación 39000 la Corte se pronunció en los siguientes términos:



En decisión del pasado 20 de marzo de 2013, radicación 40.541, esta Sala recordó la doctrina en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.

*En esa ocasión, también se memoró que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.
(...)*

Se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a que no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”

Realizadas las anteriores precisiones, y atendiendo las posibles instituciones que se configuran en la ejecución de las relaciones de trabajo, en el *sub examine*, se tienen las siguientes circunstancias fácticas y probatorias.

Alegó INDEGA haber suscrito contrato comercial con CONTACTAMOS S.A.S., a fin de que esta empresa realizara determinadas labores y consecuencia del aludido contrato, esta celebró un contrato con el demandante, sin que, se hubiera prestado la fuerza laboral a su favor.

En lo tocante a CONTACTAMOS S.A.S., esta fue representada en primer término por curador ad litem, quien manifestó no constarle los hechos objeto de reclamo por parte del trabajador y atenerse a lo probado en el decurso procesal.

Al respecto importa destacar por la Sala, que al proceso fueron allegados contratos de prestación de servicios No. PSL-0000072 y No PSL-0000143



suscritos el 1 de enero y 1 de noviembre de 2014 respectivamente (fl. 438 y 458 archivo 01 del expediente digital), suscritos entre Indega y Contactamos, en el cual establecieron como objeto contractual, lo siguiente;

*“CLÁUSULA PRIMERA. Objeto: Por virtud del CONTRATO el CONTRATISTA se obliga a prestar al CONTRATANTE, bajo su entera y absoluta responsabilidad, gozando de plena autonomía técnica, científica, financiera y directiva, utilizando sus propios medios, capacidades y recursos humanos y económicos, sin ningún tipo de subordinación de carácter laboral, los servicios logísticos en las áreas de operaciones y manufactura, desarrollando los procesos de atención a fleteo primario, atención Cedis (Cargue y Descargue de Producto, Armado, Anden 7 y Anden 8) atención a líneas, atención de Bodegas, así como los subprocesos de paletizado y despaletizado de envases, reparación de canastas, molienda de vidrio, reempaque de producto, derrame de producto, lavado de botellón, movimiento de material, maniobra general, movimiento de material montacargas, actividades operativas, de conformidad con las especificaciones establecidas en la ficha de requerimiento que se adjunta como **Anexo No. 2**, a cambio del pago, por parte del CONTRATANTE, de la contraprestación establecida más adelante”. (fl. 438 archivo 01 expediente digital).*

CLÁUSULA CUARTA. Elementos a Cargo del CONTRATISTA: *El CONTRATISTA se obliga a aportar todas las herramientas, materiales y elementos necesarios para la prestación de los servicios objeto del CONTRATO, a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito.*

*En lo relativo a herramientas, maquinarias y/o materiales, de ser aplicable, el **CONTRATISTA** se obliga a utilizar los adecuados para la prestación de los servicios objeto del **CONTRATO**, y de la máxima calidad y resistencia.*

*Cualquier maquinaria, herramienta, equipo, y/o en general, cualquier elemento que el **CONTRATANTE** entregue al **CONTRATISTA**, lo hará a título de comodato precario. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 2219 del Código Civil, el **CONTRATANTE** se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo.*

Las disposiciones contractuales, en su gran mayoría fueron replicadas en el contrato suscrito en el mes de noviembre entre las demandadas.



Ahora bien, en lo que atañe a las pruebas declarativas, estimadas por las convocadas a juicio como indebidamente estudiadas o valoradas, tenemos lo siguiente,

La representante legal de Indega S.A., indicó no conocer al demandante; que de acuerdo a lo visto en la demanda, *“entiendo que fue trabajador de Contactamos, empresa con la que nosotros sí tenemos un contrato de operaciones logísticas y al final de cuentas pues como compañía quien tomó o suscribió un contrato de operación logística como tercero, pues al final de cuentas a nosotros no nos es relevante los trabajadores de esta compañía, ni a través de qué medios Contactamos va a prestar los servicios, en ese sentido no conocemos a los trabajadores, no tenemos listado de trabajadores y pues no tendría digamos la forma de indicarle si este señor prestó servicios en las instalaciones de la compañía”*.

En lo tocante al objeto del contrato celebrado entre Indega y Contactamos, esta señaló que, fue a nivel nacional, pero en Bogotá básicamente fue celebrado para *“...el tema de empaquetado, el tema de lavado de canastas, el tema de conteo de botellas, el tema de revisión de las canastas, de lavado y reparación de las canastas, y algunas labores que van dirigidas a la operación logística que, pues la compañía en la medida de que no se dedica a las mismas pues las generó a través o la está obteniendo a través de un contrato de operación logística con este tercero”*.

Al indagársele sobre la prestación del servicio del demandante, en las instalaciones de Indega, esta indicó que, *“Bueno, eventualmente su señoría para complementar el objeto del contrato pues Contactamos cómo es autónomo el determinará a través de qué medio lo realiza, eventualmente si lo hizo a través de sus trabajadores, sin embargo se aclara que no es un envío de trabajadores como si fuera un envío de trabajadores en misión, sino que es una forma de cómo ellos están prestando sus servicios, como ocurriría normalmente”*.



con los vigilantes que eventualmente están en las instalaciones de la compañía prestando un servicio específico”, agregando que podía ser posible, que el objeto contractual fuera desarrollado fuera de las instalaciones de Indega, sin embargo, tal situación “nos generaría mayores costos, pues el tema del traslado de las canastas, de los envases, del reempaque, pero la autonomía de ellos se centra inclusive en que ellos utilizan sus propias herramientas, manejan sus propias herramientas para generar un tipo como de operación logística y este tipo de servicios, entonces la autonomía de ellos se centra completamente en eso...”.

Respecto a la ejecución o desarrollo de las actividades contratadas y si estas podían ser desarrolladas por personal directo de Indega, señaló que, *“No en la compañía no tenemos trabajadores directos que ejecuten ese tipo de actividades y en ciertos territorios, de pronto en Bucaramanga, no solamente tenemos la operación logística con Contactamos, sino con otro tercero, pero pues por lo general Contactamos si está a nivel general”.*

Para ingresar a la compañía, todas las personas debían portar un carné distintivo y registrarse previamente *“entonces si es un tercero como por ejemplo su señoría, va a estar identificada como tercero, si es por ejemplo Contactamos o un trabajador directamente de Contactamos también va a estar identificado como tercero trabajador de Contactamos”.*

En cuanto a la prestación del servicio de empaque y reempaque, indicó no ser experta en el tema, pero, *“lo que yo entiendo es precisamente que ellos a través de sus propios medios, teniendo sus propias herramientas hacen un proceso de empaque de los productos que finalmente produce Indega, ellos tienen sus propias herramientas, pistolas pues para efectuar este tipo de proceso”.*

Del empaque de los productos producidos por Indega, indicó que, la compañía *“No, la compañía no cuenta con ese tipo de máquinas y entiendo que*



quien lo hace directamente es Contactamos ellos si cuentan con esa pistola, creo que es una pistola y es de propiedad precisamente de Contactamos”, que en algunas ocasiones la empresa, recibe solicitudes, “desde Indega si tenemos algún tipo de promoción o algo que nos solicitó directamente el cliente lo que hacemos con nuestros coordinadores del contrato es entregar esta información a los coordinadores directamente de Contactamos y a su vez, estos coordinadores de Contactamos bajaran la información a sus trabajadores directos, pero directamente nuestros trabajadores, Indega no tiene relación directa con los trabajadores de Contactamos, es una relación únicamente entre los directivos o coordinadores para la ejecución normal del contrato comercial”. La compañía de acuerdo a lo dicho por la representante legal, cuenta con un supervisor, quien se encarga “directamente con los trabajadores de Contactamos, como lo había mencionado con anterioridad es una labor de coordinación y supervisión de ese contrato entre coordinadores”, luego entonces, según su dicho, esta labor es realizada en forma diaria y reportada al superior del supervisor.

Indagada sobre la propiedad de las botellas, canastas y demás elementos con los cuales debía desempeñar la labor el demandante, exteriorizó que eran de Indega, *“Claro las canastas y las botellas sí, es normal que precisamente los estamos contratando para el conteo de nuestro envase, la limpieza de nuestras canastas, para la reparación de nuestras canastas, entonces esos elementos si son de propiedad de Indega”* agregando a su dicho que, *“para el empaque precisamente promocional, pues el plástico, la pistola es de propiedad de Contactamos, eso sí, no es de propiedad de Indega”*

Del suministro de alimentos, por parte de Indega, indicó que esto era cierto, que la empresa suministraba por intermedio de un tercero, el servicio de alimentación a sus trabajadores.

Ahora bien, el demandante, Giovanni Betancur al rendir su declaración reveló que, prestaba sus servicios en las instalaciones de Industria



Nacional de Gaseosas del norte, desde el año 2005, sin embargo, “hicieron firmar un contrato como tercero con ellos”, refiriéndose a Contactamos, en el año 2008 y el cual se encuentra vigente; que sus funciones como operario logístico es en varias “áreas como son ofertas, trasegado de envase, clasificación de envase, clasificación de caja dentro de las instalaciones de Industria Nacional de Gaseosas”; agregando posteriormente, que ha recibido el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral en salud, pensión, riesgos laborales, por parte de Contactamos; así mismo que la Outsourcing le ha entregado elementos de protección y uniforme; que cuando debía solicitar un permiso, este debía presentarse a Contactamos, quien también se encargaba de adelantar los correspondientes procesos disciplinarios.

A su turno, los testigos convocados por las partes en contienda señalaron en su oportunidad.

Alexander Ramos, dijo conocer al demandante hace 15 años, en Industria Nacional de Gaseosas, sin embargo, no tiene conocimiento si el actor suscribió contrato con Contactamos; que las labores ejecutadas por el demandante, se han prestado en las instalaciones de Indega, de acuerdo a lo visto por el deponente; que la función del actor básicamente es “la organización del envase, ahorita en este último momento está en ofertas y selección de caja”.

Según el deponente, el personal de Indega es quien le imparte órdenes al actor, ellas consisten por ejemplo, en el “área de ofertas donde se hace todo el procedimiento de las ofertas, por ejemplo, en el patio donde se hace, escogen la caja para empacar el agua en bolsa, todo ese tipo de cosas”; que para desarrollar la labor el demandante cumple un horario y los turnos son asignados por Indega y publicados en la cartelera de Contactamos; que Contactamos se encarga de entregar la dotación; que para desplegar el



actor sus funciones, *“se utiliza montacargas, gato hidráulico, hornos para hacer lo que es el procedimiento de las ofertas y toda la materia prima lo que son los insumos, fajilla, una cantidad de cosas que nos suministran para hacer, esa dicha labor”*, los cuales según su dicho son de Indega, pese a lo afirmado, y al indagársele más a fondo sobre este punto, dice estimar que estos equipos son de Indega, porque la empresa *“siempre a todos los activos que ellos tienen le colocan una placa donde dice que es de Industria Nacional de Gaseosas”*, aunque afirma no conocer quién era el propietario; adicionalmente, que para ingresar a las instalaciones de Industria Nacional de Gaseosas requiere un carné.

Que, los jefes de operaciones, Carlos Vargas, Andrea Vanegas y Leonardo Muñoz, se encargan de dar *“...las instrucciones de que hay que hacer, que labor hay que hacer y ellos dan las instrucciones por ejemplo en el caso ahorita de las ofertas ellos son quienes dan la programación en lo que hay que realizar en el turno”*; que les es prestado el servicio de alimentación *“de acuerdo al horario de trabajo, de acuerdo al turno, en el turno 1 tenemos derecho a un almuerzo, vamos a las instalaciones de Indega, ellos tienen un casino allá, hacemos un registro y ellos nos autorizan par el consumo de nuestros alimentos, en el turno de la tarde lo mismo, para una cena en el horario de trabajo, cada horario hay una orden para un consumo de alimento en la Industria Nacional de Gaseosas”* y la labor es ejecutada en las instalaciones de Indega; que los pagos a seguridad social los realiza Contactamos.

Contactamos tiene unos “líderes”, quienes reciben las ofertas que solicita Indega, y los coordinadores de Contactamos se encargan de regular a los trabajadores y así cumplir la solicitud; adicionalmente, que Contactamos tiene personal en algunas oficinas dentro de las instalaciones de Indega; las reclamaciones salariales la realizan en las instalaciones Indega y las han efectuado a las dos demandadas.



Victor Manuel Matoma, conoce al demandante desde el año 2016 y fue compañero del demandante; en lo atinente a la vinculación señaló que este estaba vinculado con la temporal Contactamos desde septiembre de 2008; las funciones han sido desarrolladas por el actor en la planta de Fontibón de Indega; los elementos utilizados para desarrollar la labor el actor había horno, gatos hidráulicos, pero no le consta de quién son estos elementos; que le eran asignados horarios en una cartelera de la planta, pero tampoco sabe quién las publicaba; *“las órdenes directas provienen de Indega, esas son las que finalmente se desarrollan”* y *“cada jefe de operaciones de la compañía generan una orden que la temporal o la intermediaria ejecuta, pero son los directos de la compañía los que generan las órdenes”*, pero aseguró que directamente no observó quien le impartía las órdenes al demandante; y que el centro de control se encarga de emitir el carné para poder ingresar a Indega, tanto para trabajadores, directos, indirectos y terceros; *“en los últimos años, ya cambiaron un poco la figura y habían algunos coordinadores que repetían la orden que daba el jefe de Indega...”*, pero no asegura frente al demandante cómo ocurría esto; que los trabajadores tanto directos como indirectos hacen uso del casino, donde suministran alimentos (desayuno, almuerzo o cena) y sobre este hacen un cargo mínimo, pero no sabe si al actor le hacían ese descuento, además prestaban el servicio de transporte; que los operarios rotativos son empleados directos de Indega y se encarga de realizar la misma función que el demandante; que eventos deportivos eran organizados por Indega y les era suministrado un uniforme para ello (fútbol, tejo), pero estos se realizaron solo hasta el año 2015; que tampoco le consta si un trabajador de Indega cumple las mismas funciones del promotor litigioso.

Alberto Mario Conrado Silvera, conoció al demandante a través de la empresa de intermediación, Contactamos; que las funciones del actor, es la *“...clasificación de envase de los productos de coca cola, de producto que viene de la calle de coca cola, trasegado envase, es decir, pasar, meter envases en*



canastas plásticas de coca cola, en estos momentos lo tienen a él revisando canastas plásticas que retornan del mercado, para quitarle la suciedad grande, que son canastas que van para el proceso de envasado de agua de coca cola”; que asume que el actor firmó contrato con Contactamos, que cumple un horario de acuerdo a las líneas de producción y es asignado por Contactamos, de acuerdo a las necesidades de Coca Cola, “...si por decir algo, la línea de producción de aguas brisa, que es una marca de Coca Cola hoy en día, necesita limpiar cajas para un proceso de producción en el turno de la mañana, programan a Giovanni para que él haga esa labor de limpiar las cajas”; que las cajas, las estibas, equipo de monta carga es de Indega y tiene conocimiento de ello, porque él se encarga de realizar inventario de estos elementos y además, ellos tienen una placa de Indega; en lo tocante a las órdenes señala que “son impartidas por Contactamos pero de acuerdo a la necesidad de Indega”, agregando que “si Indega dice “no vamos a necesitar más cajas para el proceso de envasado de agua”, entonces Contactamos le dice a Giovanni no haga, no limpie más cajas, si necesita más, entonces necesitamos que Giovanni limpie más cajas”, de las órdenes, señaló “unos radioteléfono que le dice el analista de Coca – Cola, el analista de operaciones le dice al encargado de Contactamos, que ya no necesita más o que necesita más, por lo mismo el mismo señor de producción que necesita un tipo de envase y el señor de Contactamos le dice a Giovanni o a los que hagan o no hagan otra actividad”; por lo general siempre vigilan sus labores, pero no le consta si el señor Giovanni recibiera órdenes de Indega; en lo tocante a problemas o reclamos, estos se realizan a veces con Indega; en cuanto al servicio del casino o alimentación señaló que, “...Contactamos come en el mismo casino, Indega, la empresa de reciclaje y otras empresas, la empresa de vigilancia, todos comemos en el casino”, aunque pueden ir a calentar sus alimentos; desconoce quién es la encargada del casino, pero tiene un uniforme diferente; que usaban la ruta, el parqueadero, la lavandería pero ya no, aunque asume que, estos servicios eran prestados por Indega; que cumplían turnos iguales que los trabajadores directos de



Indega; las dotaciones eran entregadas por Contactamos y para el ingreso a las instalaciones Indega le entrega el carné.

Según su dicho, Carlos Vargas, Andrea Vanegas, Leonardo Muñoz, son jefes de operaciones como trabajadores de Indega y estos le entregan al líder de Contactamos para que se cumpla el programa; que Indega organizaba juegos deportivos y los invitaban, pero ya no; que las gaseosas se encuentran disponibles para todas las personas que ingresen a Indega; que Contactamos tiene unas instalaciones dentro de las instalaciones de Indega; que la programación de turnos y publicación de vacaciones tienen el logo de Contactamos; que la función que más ha visto desarrollar al actor fue de clasificación de envase.

Roberto Carlos Calderón, es el gerente de operaciones de Contactamos S.A.S, desde el año 2010 y con anterioridad a dicha data era coordinador de proyectos, desde 2005 se encuentra vinculado con dicha sociedad; que la empresa tiene sus oficinas en las instalaciones de Indega; que el demandante tenía contacto con los líderes de Contactamos; que entre las demandadas se suscribió sendos contratos para la prestación de determinados servicios; que las labores son ejecutadas de acuerdo al contrato comercial suscrito; que las órdenes *“pues claramente, las instrucciones que se le dan a Giovanni, depende, o la persona depende de la actividad a la que él esté digamos programado, si está programado en el área de armado de ofertas, tenemos un líder de ofertas, que es el que le da las instrucciones a seguir durante el turno, si está programado en el proceso de limpieza de cajas, como hoy en día lo está, tenemos un coordinador de bodega que es el encargado de esa actividad e imparte las instrucciones a las personas involucradas en este proceso y si estaba programado en el proceso de trasegado de envase, teníamos un líder de trasegado, que era la persona que le impartía las órdenes”*; que Contactamos tiene un jefe de operaciones para cada turno y a su vez, estos jefes de operaciones tienen líderes a su cargo, quien a su turno, tiene a los colaboradores o trabajadores operativos;



adicionalmente, tienen staff administrativo, tales como, jefe de gestión, jefe de relaciones laborales, jefe de seguridad y salud en el trabajo, que cuenta con practicantes y un asesor legal.

Que Contactamos no intervienen en la producción de bebidas gaseosas; que Jorge Parraga, es la persona encargada de realizar proyección de lo que necesita Indega; que, Carlos Vargas, Andrea Vanegas, Leonardo Muñoz, son empleados de Indega y tienen relación con la estructura de Contactamos, haciendo como estilo interventoría a las labores desarrolladas por Contactamos; que la empresa tiene 5 hornos; que las actividades son realizadas por él directamente, de acuerdo a los servicios contratados; que Contactamos prestan servicios no personas; los especialistas de operaciones de Indega no le dan órdenes a los empleados de Contactamos, ya que la estructura operativa se encarga de realizar los movimientos o tomar decisiones para dar instrucciones en la respectiva labor; que la Outsourcing factura a Indega de acuerdo al volumen que desarrollen; del casino señaló que, allí confluyen todas las personas que prestan algún servicio en Indega y es administrado por un tercero, que es Compas; que, Contactamos directamente descuenta a los trabajadores una suma ínfima por el servicio prestado y este servicio también se lo prestan a particulares o visitantes; que Contactamos le adelantó proceso disciplinario al señor Giovanni, por una queja presentada por jefes o coordinadores por quebranto al reglamento interno de trabajo y no por Indega; que la dotación y herramientas de labores son entregadas en las oficinas de Contactamos; también expuso que, el gato hidráulico, minipeladora, hornos, impresoras de código de barras, son propiedad de Contactamos; que el actor arribó a Contactamos las recomendaciones médicas, y por ello, la empresa le hizo una reubicación, con el fin de que tuviera una carga física inferior; que periódicamente con un externo y la ARL hacen un examen al trabajador, para verificar el estado de salud del trabajador; de los permisos, señala que han sido solicitados por



Giovanni, cuando es inferior a 3 días, debe ser solicitado al coordinador y si es superior a estos días, debe solicitarlo directamente a él; que Contactamos organizaba actividades deportivas, pero se dejó de realizar por accidentes laborales que acaecían; que debido a la relación comercial celebrada entre Contactamos e Indega, la Outsourcing celebró póliza No. 00037 de 2008 con Liberty Seguros, con el fin de garantizar los servicios de operación de la empresa y ese contrato fue utilizado con ocasión a las actividades del señor Giovanni; que celebraron un contrato con Compas, para suministrar alimentos a los trabajadores de Contactamos, y a su turno, a estos se les descontaban \$400; que para el ingreso a las instalaciones de Indega, Contactamos realiza un listado de los trabajadores y conforme a ello, se le emite un carné.

Milton Renato Prieto Pico, fue trabajador de la empresa Contactamos, desde noviembre de 2014 a octubre de 2020; que fue jefe de operaciones en Indega norte; en lo tocante a los elementos utilizados eran de Contactamos; los elementos de protección eran suministrados por la Outsourcing; que conoció al demandante, porque trabajaba en el área de multipaquetes, donde él le daba la orden a María Paula o a los colaboradores directamente; cuando los trabajadores no querían acatar la orden del coordinador, él intervenía y las impartía; que la empresa tenía tres turnos y en cada uno de ellos, se tenía un coordinador; que el actor era operador logístico *“era una persona, el cargo que él tenía y en el cual se desempeñaba, él estaba en el área de multipaquetes, y él solo tenía que tomar el producto y transformarlo, de acuerdo a la necesidad del paquete que se requería, tomar, por ejemplo dos coca colas y convertirlas en un nuevo paquete”*; al ahondar en este tema, señaló que, esto consistía en empaquetar, o poner un plástico o banda al producto inicial, utilizando para ello un “túnel”, entendiéndose esta como una máquina; que no participó el actor, en la producción del producto; que hacía uso del casino y por ello, Contactamos le descontaba un porcentaje de la



alimentación; respecto a las órdenes dijo que, estas eran impartidas por *“el coordinador del área o en el caso o por defecto en mi caso, o cuando el coordinador del área estuviere ausente o no estuviere presente por estar incapacitado por algún motivo”*; el producto era entregado al coordinador y este a su turno a Indega; que las ofertas deben ser realizadas de acuerdo a la orden de servicio de Indega; que al realizarse ofertas o paquetes, debían ser exactas, dado que las adicionales no eran pagadas; que Indega no tenían trabajadores con el mismo cargo de Giovanni Betancur; que siempre en los turnos había una persona encargada y por ello, los empleados no se quedaban sin vigilancia; que Contactamos también trabajaba con Nacional de Chocolates; de la reunión anual de programación dijo que, ellos allí se encargaban de hacer un estudio de los proyectos, el servicio, objetivos, estrategias y resultados; Contactamos tenía un programa, en el cual las buenas ideas eran premiadas; que era regular que el señor Betancur, se negara a cumplir órdenes y por ello, *“dentro de nuestro reglamento interno, que teníamos con Contactamos, se hacía una intervención verbal y pues si ya después de verbal no se podía, se hacía un llamado de atención por escrito y posteriormente en instancia se hacía un proceso disciplinario”*, en el cual no intervenía Indega; que durante la pandemia hizo uso del servicio de transporte de Indega, pero fue algo eventual; de los permisos, señaló que estos eran solicitados al coordinador, pero en forma alguna se informaba de esta situación a Indega; en cuanto a Jorge Párraga (trabajador de Indega), y era *“él era el que nos daba, directamente a nosotros los requerimientos del armado multipaquetes, a través de un correo, nos decía estas son las ofertas que se deben armar”*, hacia recorridos, pasaba y daba una vuelta con el fin de verificar que se estuviera cumplimiento con la seguridad.

María Paula Cantón Rojas, conoce al señor Giovanni porque laboró con él en Contactamos, desde diciembre de 2017 a julio de 2019; era coordinadora de operaciones en el Outsourcing, en las instalaciones de



Indega, al servicio de Contactamos; se encargaba de impartir órdenes al señor Betancur; cada turno tenía un coordinador, *“nosotros trabajamos en el área de ofertas, allí nos enviaban desde Indega las instrucciones para trabajar, me llegaban directamente a mí y yo les bajaba como vamos a hacer hoy estas ofertas, vamos a empacar esto, a reempacar esto, a poner sticker, a hacer el proceso de reempaquetado, dependiendo de las actividades que me dijeran a mí, la redireccionaba”*; Indega solo remitía lo que debía producir de ofertas, lo demás, ya venía dirigido por el jefe de operaciones de Contactamos; los elementos para desarrollar las funciones, eran suministrados por Contactamos, al igual que le eran entregadas las dotaciones; que al finalizar el turno un empleado de Indega para recibir las ofertas; que en Contactamos se repartían la producción en forma autónoma; que Indega no tiene un trabajador en igual categoría al cargo desempeñado por el demandante; que el director de operaciones era el encargado de organizar turnos; en caso de inconveniente respecto a la nómina, debía dirigirse el trabajador a la oficina de Contactamos; que a Giovanni le fue adelantado proceso disciplinario por su empleador.

Como se ve, existía un servicio específico a prestar a favor de INDEGA S.A., en el que CONTACTAMOS S.A. asumió los riesgos derivados de la prestación del servicio y pactó un precio para lograr el mismo. En este punto valga precisar que si bien es cierto el lugar de cumplimiento del contrato correspondía a las instalaciones de INDEGA S.A., tal como lo reseña el documento contractual y los deponentes en el asunto, lo que conllevaría a pensar que se dan los presupuestos de una simple intermediación, lo cierto es que según lo ha indicado la Corte este solo hecho no conlleva ineludiblemente a determinar que lo que se dio fue esa figura jurídica.

Igual circunstancia se predica respecto del uso de maquinaria, equipos y herramientas, pues según consta en el *“contrato de prestación de*



servicios” ya que el contratista se obligó a aportar las herramientas necesarias para la prestación del servicio y en caso de que Indega entregara algún elemento a Contactamos, este se realizaba a título de comodato; en este punto, debe resaltar la Sala que, los testigos de la parte actora señalaron que las herramientas y equipos eran de Indega y a su turno, los testigos de la demandada señalaron que estos fueron adquiridos por Contactamos, sin que exista certeza de situación diferente a la pactada en los ya mencionados contratos, es decir, que los elementos para desplegar la labor convenida debían ser adquiridos por Contactamos S.A.S. o en su defecto dados en comodato a esta.

Ahora bien, de la documental allegada al cartapacio procesal se tiene que, Contactamos S.A.S., ejerció actividades de verdadero empleador pues era quien realizaba el pago de salarios⁵, prestaciones sociales⁶, aportes al sistema de seguridad social⁷, además, entregaba dotación⁸ y elementos de protección al trabajador⁹, adicional a ello, concedía permisos¹⁰, vacaciones, expedía las certificaciones laborales reclamadas por el demandante¹¹ y llevaba a cabo los procesos disciplinarios al demandante¹², tal y como se puede verificar, de la documental reseñada y el mismo interrogatorio de parte rendido por el mismo demandante; adicionalmente, los señores, Roberto Carlos Calderón, quien es el gerente de operaciones de Contactamos, Milton Renato Prieto Pico fue jefe de operaciones, entre el año 2014 y el 2020, cuando se desvinculó de la empresa y María Paula Cantón Rojas, como

⁵ Folio 92 a 102 del archivo 01 del expediente digital y fl. 35 a 68 y 248 a 259 del archivo 08 del expediente digital.

⁶ Interrogatorio de parte del demandante

⁷ Folio 76 a 247 archivo 08 del expediente digital

⁸ Folio 69 a 72 archivo 08 del expediente digital

⁹ Folio 73 del archivo 08 del expediente digital

¹⁰ Testimonio de Roberto Carlos Calderón – gerente de operaciones; Milton Renato Prieto Pico e interrogatorio recepcionado al demandado “Es cierto, pero dentro de las instalaciones de Indega”

¹¹ Folio 82 a 90 del archivo 01 del expediente digital

¹² Folio 80 e interrogatorio de parte al demandante.



coordinadora de operaciones y ex trabajadora de la empresa Contactamos entre el año 2017 y 2019, expusieron cómo era la cadena del servicio prestado y hacían parte de la estructura jerárquica de Contactamos, y de la cual dependía la subordinación del trabajador.

Se itera que, si bien la relación laboral se desarrolló principalmente en las instalaciones de la demandada Indega, el demandante tenía conocimiento, y así lo reconoce en la demanda y en el interrogatorio, que su empleador era Contactamos Outsourcing S.A.S.

Más allá de las anteriores argumentaciones, se debe tener en cuenta el objeto social de la demandada INDEGA, en el cual se establece como principal *“LA PRODUCCIÓN DE JARABES, SODAS, AGUAS MINERALES, BEBIDAS GASEOSAS, BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS EN GENERAL Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS DE CUALQUIER ÍNDOLE. ASÍ MISMO, ESTARÁ FACUTADA PARA: A) LA DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE JARABES, SODAS, AGUAS MINERALES, BEBIDAS GASEOSAS Y PRODUCTOS ALIMENTICIOS DE CUALQUIER ÍNDOLE...”*, en la parte final del aludido objeto social, se señala, que *“PODRÁ EJECUTAR CUALQUIER LABOR NECESARIA AL PROCESO DE COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS, TALES COMO EMPAQUE, REEMPAQUE, SELECCIÓN, CLASIFICACIÓN, COLOCACIÓN DE MARCAS Y CUALQUIER OTRA...”*.

Señalándose a renglón seguido, en el mismo certificado de existencia y representación legal, como actividad principal *“ELABORACIÓN DE BEBIDAS NO ALCOHOLICAS, PRODUCCIÓN DE AGUAS MINERALES Y DE OTRAS AGUAS EMBOTELLADAS”*, como actividad secundaria tiene el *“COMERCIO AL POR MAYOR DE BEBIDAS Y TABACO”* y como otras actividades, el *“ALQUILER Y ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES”* (fl. 366 del archivo 01 del expediente digital).



A su turno CONTACTAMOS, tiene como objeto social “...la ejecución de todo lo relacionado con la prestación de los servicios especializados en la gestión de procesos industriales, logísticos, empaque, envasado, embalado, etiquetado, paletizado, de aseo, integral de aseo y cafetería, transporte, cargue y transporte de carga a granel, en bultos y derivados, almacenaje, compra y arrendamiento de toda clase de vehículos automotores y maquinaria para el desarrollo del objeto social, control de calidad, preparación de materiales, mantenimiento de instalaciones en las áreas productivas, logísticas, financieras, económicas, administrativas, publicitarias, comerciales y todos los demás servicios requeridos por empresas, privadas, públicas o mixtas, de cualquier sector, aportando toda clase de recursos, humanos y materiales. Así mismo, podrá realizar cualquier otra actividad económica lícita tanto en Colombia como en el extranjero”. Luego entonces, en forma alguna se señala la colocación o intermediación para la contratación de personal como uno de sus objetos sociales, manteniendo su calidad de contratista independiente (fl. 31 del archivo 08 del expediente digital).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que, cuando se trata de contratistas independientes este funge como verdadero patrono y no representante ni intermediario de la persona jurídica que lo contrata, por lo que, de suyo no puede predicarse la existencia de un contrato de trabajo con INDEGA S.A., a más que se logró desvirtuar la subordinación alegada. Del objeto social registrado por las demandadas, en la respectiva Cámara de Comercio, se tiene que, las tareas convergen en las finalidades del contratante y contratista, considerándose por esta Sala de Decisión como afines o conexas, a la anterior conclusión se arriba, dado que, CONTACTAMOS OUTSOURCING está desplegando o realizando una labor propia u afín de INDEGA, dado que, entre el objeto social de esta última, se encuentra la distribución y venta de bebidas no alcohólicas, considerándose, que también puede desarrollar o ejecutar las labores de empaque y de reempaque, pero conllevando esto a que, es una función u objetivo facultativo, para realizar un paquete o envoltura adicional a las que normalmente utilizan o realizan, pero no por ello, se muta o cambia el producto.



Para desarrollar más a fondo este concepto, debe indicarse que, Indega produce bebidas y alimentos y se encuentra autorizada, no solo para esta labor, sino que también tiene a su cargo la distribución y venta de los diferentes productos que ofrece, para los cuales debe utilizar los medios a su alcance, para desarrollar su objeto social, “*pudiendo*” ejecutar la labor de empaque, selección y clasificación.

Dilucidado tendría la Sala que, del contrato y las certificaciones referenciadas se anuncia a CONTACTAMOS OUTSOURCING como dador de laborío y que el servicio prestado lo fue en el marco de un contrato comercial a favor de Indega S.A., interesa a la Colegiatura indicar que tal clase de contrato se ubica entre aquellos que la doctrina ha denominado atípicos y, que consiste, en la externalización de algunas actividades no relacionadas con el objeto principal del negocio, pero necesarias para su funcionamiento y en el que se elimina toda relación de subordinación, sin embargo, en el sub examine del caudal probatorio, se puede establecer con claridad, que la Outsourcing, desplegó todo el aparato funcional, operativo y subordinación frente al trabajador.

De acuerdo con tal lineamiento, la entidad contratista se encarga de la ejecución de una actividad o servicio con sus propios medios, respecto del cual la contratante se limita a su supervisión, lo que de contera permitiría establecer su condición de contratista independiente en términos del artículo 6° del Decreto 2125 de 1945.

Por manera que, bajo tal marco documental, resultaría incontrastable colegir que fue, precisamente, CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., quien ostentó la condición de empleadora y no INDEGA.

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido por esta Sala que CONTACTAMOS, mantiene un objeto social similar al de INDEGA,



como lo es, el empaque de productos y los cuales en forma alguna resultan extrañas a las labores desarrolladas por INDEGA¹³.

Consecuencia de lo anterior y dado el objeto contractual pactado entre INDEGA y CONTACTAMOS, es que esta última celebró contrato de trabajo con el demandante, el cual se ha mantenido vigente desde el 21 de septiembre de 2008 a la actualidad, realizado labores de empaque, reempaque, procesamiento de vidrio, lavado de botellas, arreglo de canastas, respecto a productos o bienes propiedad de INDEGA, sin que se haya presentado ningún tipo de interrupción, desvirtuándose de esta manera también la eventualidad en el servicio prestado, a favor de la Industria Nacional de Gaseosas,¹⁴ sin que estas resulten extrañas a las actividades desplegadas por INDEGA y consecuencia de ello, tampoco genera de por sí la inexistencia de la solidaridad y en el sub examine, se considera acreditada la solidaridad de INDEGA frente al pago de los salarios y prestaciones sociales del demandante y que eventualmente adeude CONTACTAMOS S.A.S.

Ahora, en lo que respecta al tipo de contrato suscrito por las partes, se advierte que si bien en el referido documento se lee que el mismo es por obra o labor contratada, lo cierto es que dentro del documento no se especifica la actividad para la cual fue contratado. En tal medida, es patente que la modalidad contractual pactada por las partes realmente no se reviste de la naturaleza propia de un contrato por obra o labor pues no se indica cual es la tarea que bajo esta modalidad debe desarrollar el demandante, ni se aclara la actividad determinada a ejecutar. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha tenido la oportunidad de indicar que este tipo de modalidad contractual no se sujeta al capricho de las partes, sino que requiere se

¹³ Sentencia SL4322 de 2021

¹⁴ Sentencia CSJ SL 3014-2019



determine la labor a ejecutar, así en sentencia con Rad.39050 de 2013, M.P Carlos Ernesto Molina Monsalve, indicó:

*“Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, **sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado**, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial **depende de su naturaleza**. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el **convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas**.” (Negrillas fuera de texto)*

Luego, independientemente de la titulación que se le haya dado, habrá de entenderse que entre las partes realmente existe un contrato a término indefinido. Conforme lo anterior le asiste la razón al A Quo al sostener que el contrato de trabajo fue a término indefinido y no por obra o labor, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

En las condiciones expuestas, deberá modificarse la decisión del A quo, en lo tocante, a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, del demandante con INDEGA, para tener como verdadero empleador a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., pues se corrobora la subordinación que ejerció esta demandada frente a su trabajador, no en forma aparente, sino real, no lográndose desvirtuar la calidad de contratista independiente.

DEL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES CONVENCIONALES

Al no existir duda para esta Sala de Decisión, respecto a la relación de trabajo que unió al demandante con CONTACTAMOS S.A.S., y dado que dicha empresa no tiene ningún acuerdo convencional o por lo menos así se deja ver, a esta Sala de Decisión, dado que, no fue allegado



a la carpeta procesal, el enunciado escrito, no habrá lugar a fulminar condena por este concepto.

No quedando camino diferente a confirmar la providencia impugnada, pero por las razones expuestas en esta instancia.

DE LOS SALARIOS

Reclama la apelante, que al señor Giovanni Betancur Betancur no le ha sido incrementado el salario durante los últimos tres años, conllevando esto un desmedro en sus ingresos, al estimar que, los salarios que devengan los trabajadores de Indega son superiores a los del actor.

En este punto debe resaltar esta Colegiatura en primer término que, extraña la primera parte de los argumentos esgrimidos por la parte actora, en lo relativo al no incremento de los salarios del demandante, desde hace tres años, cuando, en la pretensión No. 9, reclama que se declare que este devenga la suma de \$1.216.300, entendiéndose que este valor, data de la fecha de presentación de la demanda (año 2018), cuando para dicha calenda el salario mínimo equivalía a \$781.242.

Por otro lado, si se tuviera el enunciado salario como devengado en el año en curso, se tendría que decir, que este es superior al salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000), por lo que, en forma alguna se encuentra desmedro o detrimento en su calidad de vida.

En lo relativo al segundo objeto de reproche, es decir, los salarios que devengan los trabajadores directos de INDEGA a comparación del percibido por el promotor litigioso, debe indicar esta Sala, que, al declararse la existencia del contrato con CONTACTAMOS



OUTSOURCING S.A.S. y no con INDEGA, no es posible, realizar esa tabla comparativa.

Así las cosas, considera que fue atinada la decisión emitida por la juez de conocimiento en este punto.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida en audiencia, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GIOVANNI BETANCUR BETANCUR** contra **INDEGA, CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., y LIBERTY SEGUROS S.A.**, conforme lo expresado en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre **GIOVANNI BETANCUR BETANCUR** y la empresa **CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**, desde el 21 de septiembre de 2008 y el mismo se encuentra vigente, en el cargo de operador logístico y que **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**, responde solidariamente de las obligaciones labores, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en forma precedente.



SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia dadas las resultas del recurso de 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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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,

S E N T E N C I A

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»



DEMANDA: La sociedad **COLMENA SEGUROS S.A.**, promovió demanda ordinaria laboral contra **SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, pretendiendo se condene al reconocimiento y pago de las indemnizaciones por incapacidad permanente parcial por los afiliados que se discriminan a continuación y, en proporción al tiempo que la demandada cubrió el riesgo que estructuró las enfermedades profesionales, junto con aquellos derechos que emanen demostrados bajo las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho, folios 3 a 6 de las diligencias.

AFILIADO	SUMA ADEUDADA POR LA DEMANDADA
AMANDA ROCÍO SÁNCHEZ OSORIO	\$7.364.269
LUZ MARINA TORRES PÉREZ	\$16.347.114
CAROLINA BARBOSA RODRÍGUEZ	\$6.422.081
NIEVES HELENA BERNAL PARRA	\$3.824.924
DIANA LUCÍA MEDINA BOLAÑOS	\$4.183.620
NORMA JUDITH MASMELA MOLINA	\$7.078.688
MARILU AGUIRRE GARCÍA	\$6.823.283
BLANCA VERDUGO MIGRACIÓN	\$8.429.279
ADISON ANTONIO RODRÍGUEZ SIERRA	\$8.186.378
SANDRA PATRICIA TORRES MONTES	\$77.612.790

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 8 y 162 a 165 de las diligencias, que en síntesis advierten que los trabajadores AMANDA ROCÍO SÁNCHEZ OSORIO, LUZ MARINA TORRES PÉREZ, CAROLINA BARBOSA RODRÍGUEZ, NIEVES HELENA BERNAL PARRA, NORMA JUDITH MASMELA MOLINA, MARILU AGUIRRE GARCÍA, BLANCA VERDUGO MIGRACIÓN, ADISON ANTONIO RODRÍGUEZ SIERRA y SANDRA PATRICIA TORRES MONTES, fueron calificados por la entidad demandante con pérdida de capacidad laboral, a causa de enfermedades de origen laboral, dictámenes que no fueron objetados por ninguno de los afiliados. Que conforme a la pérdida de capacidad laboral de los distintos trabajadores, procedió a reconocerles las indemnización correspondientes, para lo cual se consideró todo el tiempo de exposición al riesgo, incluido aquel en el que se encontraron afiliados a la ARL llamada a la acción. Aduce que Seguros Bolívar S.A., tuvo afiliados a los trabajadores en referencia, durante el período de exposición al riesgo que se discrimina a continuación y que, finalmente, estructuró sus enfermedades laborales:

AFILIADO	TIEMPO DE EXPOSICIÓN AL RIESGO
AMANDA ROCÍO SÁNCHEZ OSORIO	2001/01/01 – 2013/12/31
LUZ MARINA TORRES PÉREZ	2005/05/16 – 2013/12/31
CAROLINA BARBOSA RODRÍGUEZ	2001/05/30 – 2004/05/31 2004/06/01 – 2013/12/31
NIEVES HELENA BERNAL PARRA	2001/01/01 – 2006/09/01 2006/09/02 – 2013/12/31
DIANA LUCÍA MEDINA BOLAÑOS	2001/01/23 – 2013/12/31



NORMA JUDITH MASMELA MOLINA	2004/01/08 – 2013/12/31
MARILU AGUIRRE GARCÍA	2001/01/01 – 2013/12/31
BLANCA VERDUGO MIGRACIÓN	1999/11/01 – 2002/10/01 2004/12/01 – 2008/07/30
ADISON ANTONIO RODRÍGUEZ SIERRA	2007/05/01 – 2009/01/02 2009/01/23 – 2013/12/31
SANDRA PATRICIA TORRES MONTES	2004/09/16 – 2012//01/26 2012/02/01 – 2013/12/31

CONTESTACIÓN: La demandada **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, por considerar que es obligación de la ARL Colmena probar el tiempo de exposición al riesgo de cada uno de los afiliados, para así determinar la responsabilidad económica de cada una de las ARL o empleadores, pues no está llamada a asumir la totalidad de la obligación cuando el trabajador solo estuvo expuesto por un período de tiempo. Acota que la mayoría de los dictámenes aportados por la activa, no establecen cuál fue el tiempo de exposición al riesgo o no se delimita cuándo fue la fecha de exposición. Advierte que la parte demandante tiene la carga de la prueba, toda vez que fue la sociedad convocante quien conoció, estudió y calificó la situación particular de cada uno de los afiliados, en su proceso de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas propias del Sistema general de Riegos Laborales, en donde además no tuvo ninguna participación. **Excepciones:** Propuso como medio exceptivo previo el denominado falta de integración de litis consorcio necesario por pasiva, y como excepciones de fondo, las denominadas prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido y buena fe, folios 172 a 194.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de septiembre de 2021, resolvió **condenar** a la demandada a reembolsar la suma de \$3.179.551, a la parte demandante, por las prestaciones económicas reconocidas a la señora Diana Lucía Medina Bolaños, la cual deberá pagar de forma indexada; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción por los reembolsos de las prestaciones económicas reconocidas en favor de las señoras Luz Marina Torres Pérez, Carolina Barbosa Rodríguez y Marilú Aguirre García, igualmente, se declaran probadas de forma parcial las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido y, **condenar** en costas a la sociedad llamada a la acción. (medio magnetofónico folio 214).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, la prosperidad de las pretensiones implica la demostración de la afiliación a una ARL con anterioridad al reconocimiento de la prestación económica, junto con el pago de la misma y la exposición al riesgo, presupuestos que no se hallan acreditados respecto de todos los afiliados discriminados en el *libelo genitor*, pese a que estuvieron vinculados a la demandada Seguros Bolívar y posteriormente, a la demandante Colmena Seguros S.A. Así, indica que en el caso de la señora Blanca Verdugo no se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral que permita analizar el tiempo de exposición al riesgo, el cual no puede ser inferido por la operadora judicial ni emana de las comunicaciones que notificaron la experticia que se echa de menos. Añade que, en tratándose de las trabajadoras Amanda Rocío Sánchez Osorio y Nieves Elena Bernal Parra, el dictamen de pérdida de capacidad laboral de cada una, no indica con precisión el tiempo de exposición al riesgo, pues solo se hace referencia a algunos meses. Sobre el trabajador Adison Antonio

Rodríguez Sierra, aunque se allegó dictamen de PCL, en el que se refiere como tiempo de exposición 72 meses, no se trajo al proceso la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como prueba indispensable al ser objetada la experticia emitida por la demandante Colmena, por manera que no existe certeza si se encuentra incólume el tiempo de exposición definido por la ARL convocante. Adujo que, frente a las trabajadoras Norma Judith Masmela Molina y Sandra Patricia Torres Montes, no es procedente el reembolso reclamado, toda vez que el tiempo de exposición tuvo lugar en su totalidad, durante la afiliación a la ARL Colmena.

Suma ello que, en relación con la trabajadora Diana Lucía Medina Bolaños, se acreditó en el dictamen de fecha 22 de mayo de 2016 un tiempo de exposición de 120 meses, que equivalen a 3600 días, y como quiera que su afiliación a la demandada lo fue del 23 de enero del 2001 al 31 de diciembre de 2013, estuvo expuesta al riesgo por un lapso de 2.738 días durante su vinculación a Seguros Bolívar, sociedad que por ello debe asumir el 76% de la prestación que le fue pagada a la trabajadora, esto es, \$3.179.550. Refiere sobre las trabajadoras Luz Marina Torres Pérez y Marilú Aguirre García, si bien se acreditó el tiempo de exposición al riesgo, lo cierto es que operó el fenómeno de la prescripción entre el pago de la prestación y la presentación de la demanda. Concluye indicando que en tratándose de la afiliada Carolina Barbosa Rodríguez no se encuentra probado el tiempo de exposición y en todo caso, también operó el medio exceptivo de la prescripción, en relación con el reembolso reclamado.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, según lo indicado por el Despacho el riesgo se genera desde el momento en que las personas comienzan a cumplir sus funciones o a trabajar para sus empleadores, y en ese sentido el cubrimiento del mismo opera desde la fecha de su

afiliación. Así, añade que si bien algunos dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral no indican expresamente el tiempo de exposición al riesgo, sí se establece la fecha en la cual ingresaron a laborar y el cargo que desempeñaron durante todo el tiempo de exposición al riesgo que generó cada una de las patologías de origen laboral, calificadas por la ARL, de suerte que ese tiempo de exposición equivale al tiempo durante el cual desempeñaron su oficio o cargo, cuyo cubrimiento estuvo tanto en cabeza de Colmena como de Seguros Bolívar. Añade que, conforme a la jurisprudencia, el juzgador no se encuentra sometido al dictamen de calificación de invalidez, en tanto puede verificar de los demás medios de convicción, si lo plasmado en la experticia se corresponde con lo sucedido en la realidad. Refiere que, si bien en algunos dictámenes allegados al proceso se indicó como período de exposición 12 meses, lo cierto es que una enfermedad laboral no se desarrolla en tal término, en tanto requiere de un lapso de exposición largo “*de movimientos repetitivos*”. Concluye solicitando que se verifique el tiempo de exposición real al cual estuvo expuesto cada uno de los trabajadores que motivaron el trámite jurisdiccional, pues de las pruebas adosadas, se puede constatar que ello tuvo lugar por mucho más tiempo que el asignado por el Juzgado, dentro del que además, los afiliados se encontraban cubiertos por la ARL Seguros Bolívar, en aras de acceder a las pretensiones formuladas en la demanda.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita acceder a lo pretendido en la demanda, toda vez que no existe ley o jurisprudencia

que establezca que la proporción del tiempo que debe reconocer la ARL anterior a la que estuvieron afiliados los trabajadores calificados con pérdida de capacidad, sea únicamente el que se indica como tiempo de exposición que aparece en los dictámenes, pues la casilla de antigüedad en el cargo, ofrece mejores luces del tiempo durante el cual estuvieron expuestos al riesgo, que con posterioridad causó la enfermedad de origen laboral, motivo por el cual la ARL demandada deberá reconocer lo correspondiente al tiempo durante el cual los trabajadores que se mencionan en la demanda estuvieron afiliados a ella, pues claro es, que también cubrió el tiempo de exposición al riesgo y la causa de la enfermedad.

Parte demandada: Este extremo procesal afirma que COLMENA no cumplió con la obligación legal y procesal de probar que durante la vigencia del seguro de riesgos laborales que tuvo Seguros Bolívar con los afiliados a quienes se les reconoció suma por IPP, hubiesen estado expuestos a un riesgo y, tampoco se probó que en caso de que se hubiese dado tal exposición, la misma hubiera generado la incapacidad permanente parcial que le fue reconocida a cada uno de los afiliados. Por tanto, solicita la confirmación del fallo opugando.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo activo, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus

atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos, para ordenar el reembolso de las prestaciones económicas otorgadas a los afiliados referidos en el *libelo genitor*.

RIESGOS PROFESIONALES – REEMBOLSO

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

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

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

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

de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.

Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional” (...)» (resalta fuera de texto)

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

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

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

(...)

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

Precisando que:

*«Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, **podrá repetir proporcionalmente** por el valor pagado **con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo** que **haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras**, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura»* (resalta fuera de texto)

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

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

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

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

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

Atendiendo las pautas que preceden, innegable resulta concluir que la institución reclamada por la parte convocante a juicio, en efecto, se encuentra establecida dentro de la normatividad nacional y da lugar al

**13201900540 02**

reintegro completo o, a prorrata, de las sumas pagadas con ocasión a las patologías de los afiliados, a la administradora que a esa fecha estaba en resguardo de los derechos del trabajador.

En lo concerniente a los requisitos ineludibles para causar tal prerrogativa, se advierte que conforme a lo contemplado en los artículos *ejusdem* es indispensable definir la protección por la ARL y la exposición en el tiempo del riesgo laboral, bien ergonómico, funcional o biológico a cargo de ésta. Precizando que este último presupuesto no se corresponde necesariamente con el tiempo de afiliación a la ARL o con el término dentro del cual se desempeñó un mismo cargo, dado que el periodo de exposición en el riesgo, constituye aquel lapso, bien de años ora de meses, donde el afiliado ejecutó de manera reiterada las labores que concluyó en el padecimiento médico.

Recuérdese que una enfermedad acaece por el devenir del tiempo y la continuidad en la ejecución de idénticas actividades que, a la postre crean una patología o error en el funcionamiento normal del organismo, por ello, resulta de vital importancia la demostración del periodo de exposición en el riesgo por parte de la Administradora de Riesgos Laborales que persigue el reembolso, pues el mismo no puede deducirse de manera clara del cargo desempeñado y el periodo de su ejecución, según así refiere la apelante, como quiera que las funciones del trabajador bien pueden ser objeto de modificación o reasignación, o bien puede presentarse un traslado de área, que implique una variación en la exposición de riesgos, y ello puede suceder incluso, sin que la denominación del cargo sufra ninguna alteración.

Conforme a lo esbozado, ha de decirse en relación con la afiliada AMANDA ROCÍO SÁNCHEZ OSORIO, que si bien se acredita su afiliación a la ARL SEGUROS BOLÍVAR del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2013 (fl.24), así como su afiliación a la ARL COLMENA

entre el 1° de enero de 2014 y el 1° de mayo de 2018 (fls. 14 a 15), lo cierto es que no es posible analizar el tiempo de exposición en el riesgo, a fin de conceder las responsabilidades en el cubrimiento de la incapacidad permanente parcial que le fue otorgada, dado que de los medios de convicción militantes en las diligencias y en especial, del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que corre a folios 17 a 19, en manera alguna enseña el período de exposición, ni el riesgo que afectó su haber corporal, datos estos que como se indicó, no emanan *per se* del cargo desempeñado y el tiempo de su ejecución, que se refieren en la mentada experticia.

Situación que no muta en lo referente a NIEVES HELENA BERNAL PARRA, quien estuvo afiliada a la ARL SEGUROS BOLÍVAR entre el 1° de enero de 2001 y el 1° de septiembre de 2006 y entre el 2 de septiembre de 2006 al 31 de septiembre de 2013 (fl. 61), así como a la ARL COLMENA del 1° de enero de 2014 al 1° de mayo de 2018 (fls. 50 a 51), pues de la calificación del 5 de enero de 2017, a folios 54 a 56, nada se puede extraer diferente a la estructuración de la patología profesional epicondilitis medial izquierda y derecha, al no existir referencia clara del tiempo de exposición, en el cual sólo se indicó “*meses*”. Igual ocurre con la AFILIADA BLANCA VERDUGO HIGUERA, de quien ni siquiera se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues nótese que a folios 100 a 111, se adosaron las certificaciones de afiliación, los pagos efectuados a título de indemnización por incapacidad permanente parcial y la notificación del referido dictamen, en la cual únicamente se le refirió una PCL de 23,18% (fl. 105), empero, no existe referencia de patología o riesgo expuesto para los momentos de vinculación en ambas ARL.

Dimanando en la inexistencia de obligación a cargo de SEGUROS BOLÍVAR S.A. en relación con las afiliadas en referencia, como así lo refirió el Juzgado de Conocimiento por ausencia de prueba.

Ahora bien, en lo que se refiere a las trabajadoras NORMA JUDITH MASMELO MOLINA, DIANA LUCÍA MEDINA BOLAÑOS y SANDRA PATRICIA TORRES MONTES, aunque se encuentra acreditado el tiempo de exposición en el riesgo, esto es, 12 meses, 120 meses y 24 meses, respectivamente, como así emana de los dictámenes de calificación adosados a folios 66 a 68, 78 a 80 y 128 a 170, no resulta procedente apartarse de los períodos allí aducidos, como así lo pretende la parte convocante en su alzada, pues pese a que el juzgador no se encuentra atado a la información que prevé el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en virtud del principio de libertad probatoria y al tener el deber de analizar en conjunto la totalidad de medios de convicción que le sean puestos a consideración por las partes, lo cierto es que en el caso de autos no obra ninguna prueba distinta a tales experticias, que permita concluir que las patologías objeto de calificación, concernientes a las trabajadoras en mención, se gestaron con una durabilidad más amplia a la definida por la propia demandante en los dictámenes de calificación que ella misma expidió.

En esa medida, no puede la Sala modificar la determinación adoptada por la falladora de primera instancia en relación con DIANA LUCÍA MEDINA BOLAÑOS, NORMA JUDITH MASMELO MOLINA y SANDRA PATRICIA TORRES MONTES, con sustento en un tiempo de exposición más amplio, dado que ello no se corrobora en las diligencias, debiendo quedar incólume la decisión que concierne a dichas trabajadoras.

Sobre las trabajadoras LUZ MARINA TORRES PÉREZ, MARILÚ AGUIRRE GARCÍA y CAROLINA BARBOSA RODRÍGUEZ, resulta inane efectuar algún estudio relacionado con el tiempo de exposición en el riesgo, como quiera el Juzgado de Conocimiento declaró probada la excepción de prescripción en relación con el reembolso que se reclama respecto de dichas afiliadas, decisión frente a la cual no medió reparo

alguno, encontrándose incólume la absolución impartida sobre las citadas.

Referente al afiliado ADISON ANTONIO RODRÍGUEZ SIERRA, debe precisar la Sala que para efectos de determinar el tiempo de exposición al riesgo, ni siquiera puede tomarse el lapso definido en el dictamen de pérdida de capacidad laboral datado 19 de noviembre de 2015 (folios 115), en el cual se definió tal ítem en 72 meses, pues como bien lo refirió la falladora de prime grado, a folio 164 de las diligencias, la ARL convocante indicó que ese dictamen fue controvertido y fue objeto de revisión por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, cuya decisión se desconoce al no haber sido allegada al proceso; por tanto, no existe certeza sobre el tiempo de exposición definido por la ARL Colmena, al desconocerse si fue modificado o no por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dimanando en la inexistencia de obligación a cargo de SEGUROS BOLÍVAR S.A. en relación con el afiliado en referencia.

En esa medida, habrá de confirmarse la decisión opugnada, al no encontrar la Sala motivos atendibles para su modificación, en los términos propuestos por la activa.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de COLMENA SEGUROS S.A., dado el resultado de la alzada.

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

**R E S U E L V E**

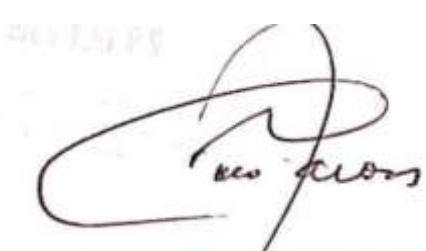
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 29 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **COLMENA SEGUROS S.A.** contra **SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de COLMENA SEGUROS S.A., dado el resultado de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



13201900540 02

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colmena Seguros S.A. 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 **JUAN DAVID MORENO TOVAR** contra **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS y solidariamente contra el HOSPITAL ORTOPÉDICO 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 y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor JUAN DAVID MORENO TOVAR solicita se declare la existencia de un contrato realidad con la FUNDACIÓN GALENUS como empleador y el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S, como beneficiario real y directo de los servicios prestados; que se declare que el vínculo contractual feneció injustamente.

Como consecuencia de la segunda pretensión se condene al pago de la correspondiente indemnización; que se ordene el pago de salarios adeudados junto con sus intereses, así como cesantías, vacaciones; aportes a pensión y seguridad social del 4 de abril al 20 de noviembre de 2016; que se indexen los valores reconocidos y se ordene el pago de costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 144 a 151 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el 28 de marzo de 2016 le fue informado a la demandante que su contrato de trabajo sería de lunes a viernes de 6 de la mañana a 2 de la tarde, los sábados de 6 de la mañana a 10 de la mañana y un domingo cada 15 días, de 6 a 10 de la mañana; que el salario era de \$25.000 por hora trabajada; que el 4 de abril de 2016 celebró contrato de prestación de servicios con la Fundación Galenus; que prestó sus servicios en forma personal como ayudante quirúrgico hasta el 20 de noviembre de 2016 en el Hospital Ortopédico; que en abril de 2016 laboró 172 horas, en mayo 216 horas, en junio 216 horas, en julio 192 horas, en agosto 240; en septiembre 196 horas, en octubre 126 horas, en noviembre, 64 horas al Hospital Ortopédico; que presentaba cuentas de cobro para el pago de las horas laboradas; que le fueron efectuados pagos, el 15 de junio, 19 de julio, 24 de agosto, 13 de septiembre, 20 de octubre de 2016 y 9 de mayo de 2017; que los servicios



fueron prestados en forma personal y bajo la subordinación de las convocadas a juicio; que a partir del 1° de octubre de 2016 le fue reducida la jornada laboral; que el 15 de noviembre lo reunieron para informarle sobre la terminación del contrato, la cual fue comunicada el 17 de noviembre de 2016 vía correo electrónico; que no le fueron pagadas horas extras, dominicales, festivos, salarios, cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social y pensión desde el 4 de abril hasta el 20 de noviembre de 2016; que radicó derechos de petición a las convocadas el 19 de mayo de 2017 y el 25 de mayo; que radicó acción de tutela y esta fue resuelta en forma favorable, consecuencia de ello, las entidades emitieron respuesta a la solicitud incoada.

CONTESTACIÓN: El **HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo para tal efecto que, entre las partes no ha mediado ningún vínculo laboral. Como excepciones propuso las de inexistencia de la relación contractual, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral dependiente y la genérica (fl. 198).

La **FUNDACIÓN GALENUS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, entre las partes existió un vínculo de orden civil, de acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes. Como medios **exceptivos** propuso los de, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la relación laboral dependiente, carencia de legitimidad en la causa para demandar y la genérica (fl. 229).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 7 de abril de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre el



demandante y el Hospital Ortopédico entre el 4 de abril y el 15 de noviembre de 2016; **declaró** solidariamente responsable de las obligaciones a la Fundación para el Desarrollo Integral Médico Especializado Galenus; **condenó** al Hospital Ortopédico S.A.S. y solidariamente a la Fundación Galenus a pagar al demandante, salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, a pagar aportes a pensión con un Ingreso Base de Cotización de \$4.462.500; **declaró** probada la excepción de inexistencia de relación laboral formulada por las demandadas; **condenó** en costas a las demandadas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Por consiguiente de los medios de prueba referenciados contrario a lo celebrado por la parte convocada no es posible inferir que la actividad del actor fue independiente y autónoma ya que esa libertad que deviene del contrato de prestación de servicios que inicialmente celebraron las partes no se evidencia por ningún lado, pues las probanzas referencias dan cuenta que el accionante no puede ejecutar labor alguna a su discreción, pues todo debía ser autorizado por la demandada hospital ortopédico S.A., como esta misma lo indicó a través de su representante legal nótese igualmente que esa libertad se limita desde la misma suscripción del contrato a manera de ejemplo si tenemos al definir las actividades a ejecutar exigiendo el cumplimiento de un horario o señalándole sanciones ante un eventual incumplimiento de las mismas en los términos dispuestos por la accionada cómo se advierten en los numerales 4, 5, 7, 10 de la cláusula primera o al establecerse como obligación "C. Atender de manera oportuna y eficaz los requerimientos y llamadas realizadas por la clínica cuando se presenten situaciones que así lo ameriten" o "Ñ. Cumplir con la programación del servicio según lo establezca la entidad" o al pactarse en la cláusula novena "Cesión. El contratista no podrá ceder en todo o en parte el presente contrato sin la previa autorización escrita del contratante" según contrato visible a folios 52 y siguientes.

Lo que en definitiva convierte esa eventual supervisión o vigilancia en una subordinación y dependencia del contratista frente al contratante al quedar eliminada la libertad y autonomía con la que debió el de realizar la labor convenida de tenerse el contrato como de prestación de servicios...”.



RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada del **Hospital Ortopédico**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que, de las pruebas recaudadas, en especial “*el testimonio rendido por el demandante*”, no se encontraba demostrada la existencia del contrato de trabajo con dicha empresa; que al demandante le incumbía probar los elementos esenciales del contrato y en el sub examine ello no ocurrió; que se encuentra acreditado que el vínculo contractual fue suscrito con la Fundación Galeno y no con el Hospital; que no se practicaron los testimonios de Jazmín Moreno y Magda Lucely Medina; que a pesar de indicarse que recibía órdenes del Hospital ello no fue acreditado; que los elementos suministrados para el desempeño de la labor no se pueden considerar como dotaciones, dado que esta vestimenta era necesaria para desarrollar su labor.

DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA FUNDACIÓN GALENUS

En lo tocante a este punto, debe advertir esta Sala de Decisión, que si bien la apoderada de la Fundación Galenus en audiencia pública de que trata el artículo 80 del Estatuto Laboral, incoó recurso de apelación contra la sentencia emitida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el mismo no fue sustentado al momento de su correspondiente notificación en estrados, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 66 del Código Procesal Laboral, modificado por la Ley 1149 de 2007, que estatuye “*Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente*”²,

² Aparte resaltado, declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencias C 493 de 2016 y C 803 de 2000.



alegando la recurrente la aplicación del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, el cual a la letra señala,

“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”

Resalta esta Colegiatura que se presenta un error de interpretación, por parte de la apelante, en lo tocante al ámbito de aplicación de la normativa, ya que ésta, hace alusión al procedimiento que debe surtirse previo a la emisión de la sentencia de segunda instancia y no amplía o concede plazo diferente, para sustentar el recurso de alzada ante el juez de conocimiento.

Por otro lado, el término que se concede a las partes en el artículo 15, íbidem es para que las partes presenten alegatos en segunda instancia y no el recurso de alzada, el cual, se itera, tiene norma expresa y regla que este debe presentarse y sustentarse en el acto de la notificación de la sentencia.

Dadas las anteriores argumentaciones, esta Colegiatura limitará su estudio y análisis en el recurso de apelación impetrado por la apoderada del Hospital Ortopédico.



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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales y, en especial, aquellas impuestas en el artículo 66A del C.P.L., se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si entre el señor Juan David Moreno Tovar y el Hospital Ortopédico S.A.S. existió un contrato de trabajo o si por el contrario, el centro hospitalario desvirtuó la presunción contenida en el artículo 24 del CST.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil – Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.



Es así, como según el artículo 24 del CST *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, de donde se colige que al trabajador únicamente le atañe demostrar la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y como consecuencia el contrato de trabajo, trasladándose entonces la carga de la prueba al patrono, quien deberá desvirtuar la aludida presunción.

Al punto, de antaño la H. Corte suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, MP: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, enseñó:

“En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y la Fundación Galenus (fl. 48); certificados emitidos por el Banco Davivienda (fl. 53 a 63); certificación emitida por la Fundación Galenus (fl. 64, 66, 68, 70, 72, 74, 76, 78); hoja de vida del demandante (fl. 80); derecho de petición incoado ante la Fundación Galenus (fl. 82); trámite de acción de



tutela impetrada por el demandante y de la cual tuvo conocimiento el juzgado 42 Civil Municipal (fl. 83 a 113); carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 114); planilla integrada de autoliquidación de aportes (fl. 116 a 123); fallo emitido por el Juzgado 42 Civil Municipal (fl. 183); Certificado emitido por el Hospital Ortopédico (fl. 215); contrato de prestación de servicios suscrito entre Orthohand S.A.S. y la Fundación Galenus (fl. 216); acta No. 001 suscrita entre Orthohand S.A.S. y la Fundación Galenus (fl. 218); medio magnetofónico (fl. 220); probanzas de las cuales se colige, que el demandante suscribió contrato civil «*de prestación de servicios No. 160 de 2016*» con la Fundación Galenus, supuestos facticos respecto de los cuales no se presenta reparo, en esta segunda instancia.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que el *sub judice* se centra en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, pues la demandada alega que no lo hubo y no se encontraron acreditados los elementos esenciales del contrato para que se declarara tal situación, sea lo primero advertir que conforme a los presupuestos facticos probados en la *Litis* y relacionados de manera precedente, es viable establecer que la prestación humana desplegada por JUAN DAVID MORENO TOVAR se encuentra enmarcada en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, resulta necesario que la sociedad demandada en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme al organismo de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio



Burgos Ruiz, sí de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, como ocurre en el caso de autos, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñadas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente» (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Motivo por el cual, le corresponde al funcionario judicial examinar si se presentan elementos de juicio que permitan inferir la inexistencia de la aludida subordinación. Corolario a ello, y con el propósito de resolver la anterior disquisición, se tiene a folios 48 y 246 de las diligencias, copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre Fundación Galenus y Moreno Tovar, para la calenda de 4 de abril de 2016, del cual se desprende:

«CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Contrato de PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO MÉDICO GENERAL – AYUDANTÍA QUIRÚRGICA de acuerdo a las siguientes actividades o eventos:

3. Atender personal e inmediatamente cualquier evento extemporáneo de pacientes durante la hospitalización de los mismos
4. Cumplir estrictamente los horarios señalados de inicio y finalización de su turno
5. No podrá retirarse de su turno en cuanto no haga entrega formal del mismo al médico que le recibe de cada paciente.
7. Presentación personal utilizando vestimenta formal de la clínica durante su permanencia en la institución.
10. Debe permanecer vigilante y presente todo el tiempo de su turno al interior de la clínica en el ambiente físico de su servicio siempre ocupado en las actividades asistenciales de su cargo. No podrá en ningún momento y bajo ninguna circunstancia retirarse del ambiente físico donde desarrolla sus actividades. Infracción a esta regla será considerada falta grave de abandono del servicio y de los pacientes a sus cuidados...



CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: A) Del Contratista:

... c) Atender de manera oportuna y eficaz, los llamados y requerimientos realizados por LA CLÍNICA, cuando se presenten situaciones que así lo ameriten...

d) Presentar oportunamente y en forma periódica los informes se requieran en cumplimiento del objeto contratado...

g) Dar cumplimiento a las directrices impartidas por la entidad respecto al MECI gestión integral de calidad...

j) Asistir a los comités y/o reuniones convocadas por cualquier dependencia de la entidad, cuyo tema a tratar tenga incidencia directa con el objeto del contrato en ejecución que permita su cumplimiento y/o la buena gestión del servicio;

ñ) Cumplir con la programación del servicio según lo establezca la entidad de la CLÍNICA

CLÁUSULA NOVENA.- CESIÓN: El Contratista no podrá ceder en todo o en parte el presente contrato sin la previa autorización escrita del CONTRATANTE”(...)

A folio 216 del cartulario se acopió contrato de prestación de servicios suscrito entre Orthohand S.A.S. hoy Hospital Ortopédico con la Fundación Galenus, el día 1 de enero de 2016 en el que se pactó como objeto contractual “el suministro de personal asistencial para los servicios habilitados en la **IPS ORTHOHAND SAS**, en la ciudad de Bogotá, Cali, Medellín y Apartado, para cumplir la prestación del servicio ofertado con las diferentes EPS o entidades que presten servicios de salud y que cuenten con contrato con la **IPS ORTHOHAND S.A.S.**”.

Adicionalmente, entre las aludidas empresas se estableció en la cláusula tercera que para efectos del pago “FUNDACIÓN GALENUS, entrega a ORTHOHAND S.A.S. los soportes correspondientes a todos los servicios prestados ya sean profesionales, médicos, personal asistencial y todo el personal que este le presta al contratante y que sea objeto de este contrato”.

Se suma a las probanzas documentales, la certificación expedida por la Representante Legal del Hospital Ortopédico S.A.S., en la que, señala que,



el actor «no aparece en el registro de empleados de planta ni de contrato de prestación de servicios nunca ha trabajado con **HOSPITAL ORTOPÉDICO SAS** antes ORTHOHAND, en calidad de empleado o Contratista», folio 215.

En el interrogatorio de parte, rendido por el doctor, Juan David Moreno Tovar, este señaló que, a pesar de haber suscrito el contrato de prestación de servicios con la Fundación Galenus, el servicio fue prestado en el Hospital Ortopédico, que recibió llamados de atención por llegar tarde en algunas ocasiones y estas fueron realizadas en forma verbal, informática y por WhatsApp, en el cual se le indicó que debía “llegar a una hora puntual que era la hora en la cual empezaba la jornada y debía empezar yo mis actividades laborales”.

Por otro lado, señaló que, los elementos para ingresar a las salas de cirugías eran otorgados por el Hospital Ortopédico, que no debía llevar el material quirúrgico, ni elementos necesarios a utilizar en el quirófano, ya que todo esto se encontraba en las salas de cirugía del Hospital; que cumplía un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 2 de la tarde y ocasionalmente, un día de la semana de 7 de la mañana a 10 de la noche o fines de semana.

El horario, de acuerdo a lo dicho por el demandante, fue establecido en el contrato y después verbalmente le asignaban los turnos, por parte del Hospital, situación que se logra corroborar con el aludido contrato, como se dejó visto en precedencia, conminándose al doctor, no solo al cumplimiento del horario, sino a no retirarse de las instalaciones mientras estuviera de turno y tampoco hasta que el siguiente médico le recibiera el turno; adicionalmente, también señaló el declarante que, en caso de ausencia, este no podía enviar a otra persona para que cubriera su turno.



En la oportunidad procesal, Gabriela Amparo Silva, en calidad de representante legal del Hospital Ortopédico, informó que el demandante había suscrito contrato con la Fundación Galenus y no con la clínica, pero a su turno, Galenus había enviado al demandante, para que prestara sus servicios al Hospital.

Afirma la representante legal del Hospital que el actor si prestó sus servicios en el Hospital y consecuencia de ello, le supervisaban el trabajo, con el fin de que a su arbitrio hiciera cosas que no debía realizar, aunque dijo no sabe quién se encargaba de dicha tarea (supervisión).

Agregando que el Hospital había contraído unas obligaciones dinerarias con la Fundación, por lo que, acordaron entre estas dos empresas, que el ente de salud se hiciera cargo del pago de los honorarios de los médicos que prestaban sus servicios allí, siendo esta la razón para que el Hospital pagara al demandante los honorarios, en varias oportunidades.

En lo tocante a los turnos de trabajo señaló, que, al tratarse de cirugías, estas debían ser programadas, y por ello, había un horario y este le era comunicado al demandante, con el fin de que compareciera; que no todo el personal del Hospital se encontraba contratado por intermedio de la Fundación, situación que no se acompasa con el contrato suscrito entre las demandadas, el cual señala una situación totalmente disímil a la alegada por la representante legal del Hospital.

Finalizando su dicho con qué, el Hospital había suministrado elementos al médico, para que este ingresara a las salas de cirugía y de esta manera cumpliera con los protocolos del servicio y este se encargaba de programar las actividades del demandante, porque la empresa era la encargada de prestar los servicios de salud.



Así las cosas, del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, se desprende y llama la atención de esta Sala de Decisión, que el Hospital Ortopédico haya expedido certificación en la que se desconozca el servicio prestado por el doctor, Juan David y que, a la hora de rendir interrogatorio de parte, la representante legal de la entidad, señale que este sí prestó sus servicios a favor de la entidad.

En segundo lugar, que se desconozca la relación laboral que ató a las partes, cuando el demandante, debía acatar las órdenes y directrices que le impartían en el Hospital Ortopédico, tales como el cumplimiento de un horario, para la asistencia a cirugías programadas por la entidad y consecuencia de ello, ser objeto de llamados de atención al llegar tarde, dado que se tenía una agenda que debía cumplirse.

Colofón de lo anterior, quedó demostrado que el doctor Moreno Tovar estaba incorporado en la organización del Hospital Ortopédico, pues asistía al médico cirujano, en los procedimientos programados y realizados, se itera, en las instalaciones del centro médico, desvirtuándose con los aludidos medios probatorios la independencia, autonomía e independencia del aquí demandante, máxime, que él no organizaba sus citas, ni podía organizar el tiempo para prestar sus servicios, dado que el cargo ostentado era el de médico general – ayudantía quirúrgico y tales procedimientos debían ser coordinados por la clínica y el médico que realizaría la operación, no por el contratista.

Otra situación a resaltar, es que, desde el mismo contrato de prestación de suscrito con la Fundación Galenus, se estableció en las cláusulas, que se debía atender los requerimientos y directrices que estableciera e impartiera la Clínica, negando de primera mano, la posibilidad de ceder en todo o en parte el contrato, sin la autorización del contratista.



En tales aspectos, se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral³, en reciente pronunciamiento, cuando señaló;

“Sobre el particular, la Sala considera que no solo era factible, sino de hecho necesario, que las citas de atención médica ocupacional y domiciliaria, así como los exámenes médicos se programaran previamente y según el criterio médico del trabajador, dado que este es precisamente quien decide, por ejemplo, la periodicidad o pertinencia de dichos servicios. Sin embargo, este hecho solo demuestra que el profesional acudía a criterios técnicos propios de su labor cualificada, sin que en este asunto ello desvirtúe la subordinación, dado que esta se advierte en la medida en que esa programación de citas, exámenes médicos y atenciones domiciliarias, como los propios deponentes lo aceptan, el trabajador estaba obligado a hacerla en el horario de trabajo prefijado y respecto del cual, según se probó, la accionada ejercía un control y seguimiento para su cumplimiento estricto, y en el marco de una exclusividad y disponibilidad permanente de su fuerza de trabajo al servicio de la compañía, que se reitera, permite establecer su integración a la estructura de la misma...”

Deviniendo en el sub examine, sin lugar a dudas en la existencia de un nexo laboral, al haberse eliminado la independencia y autonomía del dador de laborío (sentencia SL 3161-2018), no pudiéndose desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST.

Por lo expuesto, concluye esta Sala de Decisión que fue acertada la determinación del *A quo* y en tal sentido se confirmará la sentencia.

COSTAS. Se condenará en costas en esta instancia al Hospital Ortopédico y a favor del demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

³ Sentencia SL3345 del 7 de julio de 2021, ponencia del Doctor, Iván Mauricio Lenis Gómez.



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 7° de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JUAN DAVID MORENO TOVAR** contra **HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S.** y Otros.

SEGUNDO: COSTAS. En esta instancia estarán a cargo del Hospital Ortopédico S.A.S. y a favor del demandante.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada, HOSPITAL ORTOPÉDICO y a favor del demandante, JUAN DAVID MORENO TOVAR en la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', is written over a large, faint circular stamp.

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 **IVETTE LUCÍA DAUDER MONTIEL** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Cindy Julieth Villa Navarro**, identifica con cedula de

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

ciudadanía No. 1.129.580.577 de Barranquilla y tarjeta profesional 219.992 del C.S. de la J., para que actúe en representación 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 **IVETTE LUCIA DAUDER MONIEL** a través de apoderada judicial, solicita se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS el 29 de junio de 1999 a través de Colfondos S.A.; como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colfondos S.A. trasladarla junto con sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, al RPM; ordenar a Colpensiones recibirla como afiliada sin solución de continuidad en el RPM; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (Archivo 01 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 10 de mayo de 1967, motivo por el cual cuenta con 53 años; que cotizó al otrora ISS desde el 1º de marzo de 1996 y el 29 de junio de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., acto jurídico que se perfeccionó sin que le fuera proporcionada de manera oportuna una asesoría profesional completa, clara y suficiente, que le permitiera comprender las características, condiciones y riesgos reales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y establecer un comparativo con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al cual se encontraba afiliada. Aduce que tampoco fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen, antes de que ella cumpliera 47 años de edad, a través de una comunicación dirigida al último domicilio que se tenía

registrado y de la publicación por una sola vez de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, como lo prevé la circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria. Que solicitó ante Colfondos la anulación de su afiliación y ante Colpensiones la activación de su vinculación, empero ambas demandadas dieron respuesta negativa a su reclamación. Concluye advirtiendo que la AFP llamada a juicio le informó que no reúne el capital requerido para acceder a la pensión de vejez en el RAIS.

CONTESTACIÓN: La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la actora se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Añade que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Así, aduce que no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la señora accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, innominada o genérica (fls. 4 a 18 archivo 07 y fls. 3 a 17 archivo 14 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 3 a 41 archivo 10 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 10 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS con fecha de efectividad del 1º de agosto de 1999,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por intermedio de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y en consecuencia, declarar válida la afiliación al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para lo cual se concede el término de un mes; **condenar** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Colfondos S.A., **sin costas** en contra de Colpensiones (Archivo 20 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar 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 **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que los gastos de administración y comisiones que ordenó devolver el Juzgado de Conocimiento, son cobrados por la AFP para gestionar los aportes que ingresaron a la cuenta de ahorro individual de la afiliada y es por ello que se descuenta el 3% para pagar el seguro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

previsional que corresponde a la compañía de seguros y la comisión respectiva, lo cual se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, mandato que se aplica a ambos regímenes pensionales. Resalta que la ineficacia de traslado da paso únicamente a la devolución de los aportes que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con los rendimientos financieros generados ante la buena administración de la sociedad administradora de pensiones, no siendo dable retornar la comisión, en tanto ya se causó a su favor y representa una contraprestación por su buena gestión, aspecto este que deviene del artículo 1746 del C.C., pues aunque la nulidad implica que las cosas se retrotraen al estado anterior y se entiende que el acto jurídico nunca tuvo lugar, lo cierto es que la norma en cita, al regular las restituciones mutuas, permite concluir que ante una nulidad o ineficacia de la afiliación no se puede desconocer que el bien administrado generó unos frutos o mejoras, que para la afiliada corresponde a sus rendimientos financieros y para la AFP, corresponde a la comisión descontada que debe conservar, en tanto efectivamente hizo rentar el patrimonio de la activa. Concluyendo que la orden de la falladora de primera instancia de efectuar la devolución de los gastos de administración y comisiones, representa un cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la demandante efectuó su traslado al RAIS de manera voluntaria y sin presiones indebidas. Señala que resulta desproporcionado radicar la carga de la prueba en la AFP demandada, como quiera que el acto de traslado tuvo lugar en el año 1999, esto es, hace más de dos décadas, situación que impide probar lo ocurrido en ese momento, menos aun cuando no era una obligación dejar un registro documental de ello. Añade que el deber de información sólo se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por manera que los fondos privados solo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para



probar la voluntad libre e informada de los afiliados, pues las leyes que surgieron entre 1993 y 2014, no exigieron nada diferente a ese formulario, el cual, en el caso analizado, fue debidamente suscrito por la convocante hacia el año 1999. Refiere que en las situaciones como la estudiada, debe constatarse si con la presunta falta del deber de información se produce un efecto cierto o adverso, como la pérdida del régimen de transición, o si bien, se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen, busca tener un beneficio indebido, al no encontrarse satisfecho con el valor de su mesada pensional, e ignorar las normas que establecen la movilidad entre regímenes pensionales, escenario este que no es el objeto de protección ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pues tal proceder termina socavando los principios fundamentales sobre los que se erige todo el Sistema de Seguridad Social, como la libre elección de régimen pensional y la autonomía de la voluntad del afiliado. Refiere que una persona que no ha estado vinculada por más de 20 años al RPM, no puede pretender ahora que el fondo común sea solidario con ella, y buscar beneficiarse de los aportes que no ha realizado al Sistema, pues con ello pone en riesgo el Sistema Pensional y el futuro pago de las prestaciones a favor de los demás afiliados que siempre han cotizado al mismo. Concluye solicitando que, de manera subsidiaria, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, a la efectiva devolución de los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración por la AFP, debidamente indexados.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año de 1999, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 2003.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 91 a 92 del archivo 01 del expediente digital y frente a la cual, la entidad resolvió en forma negativa el 3 de septiembre de 2020 (fls. 93 a 95 archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por IVETTE LUCÍA DAUDER MONTIEL al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de identificación de la accionante (fl. 83 archivo 01), certificado de afiliación expedido por Colpensiones (fl. 84 archivo 01), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 85 a 90 archivo 01 y fls. 64 a 69 archivo 10), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 191 a 95 archivo 01), liquidación de pensión (fls. 96 a 98 archivo 01), derecho de petición elevado ante Colfondos S.A. y su respuesta (fls. 99 a 104 archivo 01), formulario de afiliación a la AFP Colfondos (fl. 105 archivo 01 y fl. 24 archivo 07), historia laboral expedida por Colfondos S.A. (fls. 106 a 110 archivo 01 y fls. 26 a 30 archivo 07), comunicados de prensa (fls. 31 a 33 archivo 07), precalculo pensión (fl. 113 archivo 01), comunicación Superintendencia Financiera de Colombia (fls. 114 a 115), consulta de afiliado e historial SIAFP ASOFONDOS (fls. 19 a 21 archivo 07), historia laboral válida para bono pensional (fls. 22 a 24 archivo 07), expediente administrativo (archivo 11), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 20).

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha 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 Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000346 01

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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000346 01

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

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

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

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

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

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

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

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



21202000346 01

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 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



21202000346 01

trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 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 impartía 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:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000346 01

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



21202000346 01

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

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

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

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 1º de marzo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 64 a 69 archivo 10 del expediente digital), para luego trasladarse a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 29 de junio de 1999 (fl. 105 archivo 01 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 105 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que se trasladó cuando laboraba para la Universidad Cooperativa de Colombia; que la asesora de la AFP le dijo que debía de vincularse a la nueva administradora de fondos de pensiones, porque el ISS sería liquidado a futuro, empero, no recibió una información suficiente para tomar la decisión y ni siquiera se le brindó un tiempo adecuado para ello. Que firmó el formulario de afiliación y se le dijo que sus dineros reportarían una rentabilidad, sin embargo, no se le indicó cómo se liquidaría la pensión, ni cuáles requisitos debía cumplir para pensionarse en el RPM; tampoco se le hizo mención de la cuenta de ahorro individual, ni la posibilidad de efectuar aportes voluntarios. Que todo ocurrió en horario laboral, por lo que la afiliación se dio en un tiempo de alrededor de 15 minutos, acotando que ni siquiera ella diligenció el formulario de afiliación. Que no le hablaron de las modalidades de pensión, garantía de pensión mínima, ni del derecho al retracto o indemnización sustitutiva. (Audio 20 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

conducta omisiva por parte de la AFP Colfondos S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante la profesión u oficio de la demandante, ora si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Colfondos S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas; devolución que efectivamente debe efectuarse con la debida indexación, atendiendo el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal como lo hizo el Juzgado de Conocimiento, por manera que no debe modificarse la condena impuesta, como lo petitiona Colpensiones,



entidad que lógicamente solo puede cumplir las órdenes de primer grado hasta tanto reciba los dineros que le remita la AFP llamada a la acción.

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

COSTAS.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 10 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **IVETTE LUCÍA DAUDER MONTIEL** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos 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 **MARLENE CECILIA SIERRA DE LA CRUZ** 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 y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Cindy Julieth Villa Navarro**, identificada con cedula

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»



de ciudadanía No. 1.129.580.577 de Barranquilla y tarjeta profesional 219.992 del C.S. de la J., para que actúe en representación Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Brigitte Natalia Carrasco Boshell**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.121.914.728 de Villavicencio y tarjeta profesional 288.455 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 **MARLENE CECILIA SIERRA DE LA CRUZ** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS en el mes de febrero de 1996 a través de la AFP Porvenir S.A. por omisión en el deber de información y al ser inducida a error; como consecuencia de lo anterior, se ordene su retorno automático al RPM administrado por Colpensiones, entidad que deberá reactivar su afiliación; se ordene a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como todos sus frutos e intereses, según lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme a lo estatuido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, desde el 19 de enero de 2019, junto con el retroactivo pensional, la indexación, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 5 a 9 archivo 01 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 9 a 16 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 19 de enero de 1962, motivo por el cual cuenta con 58 años; que cotizó al otrora ISS desde el mes de abril de 1987 y en el mes de febrero de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP Provenir S.A., motivada la información que le fue suministrada por el respectivo asesor, la cual únicamente se circunscribió a referir que el nuevo régimen era más beneficioso, en tanto accedería al derecho a la pensión en fecha anterior a la ofrecida por el entonces ISS y en cuantía superior a la establecida en el RPM, en donde además, los requisitos de edad y semanas serían incrementados. Añade que el promotor de la AFP llamada a la acción, nunca le informó que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de su bono pensional, cuya fecha de redención normal lo sería sólo hasta el cumplimiento de los 60 años, como tampoco le asesoró sobre la necesidad de efectuar aportes voluntarios, ni cuál era el capital mínimo requerido para causar una pensión siquiera por el salario mínimo legal en esa época, menos aún el esfuerzo de aportes que debía asumir para lograr dicho monto atendiendo su nivel de ingresos y su edad para la época del traslado. Refiere que fue inducida en error, por cuanto nunca se le puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos que su decisión de traslado de régimen podría tener en su derecho pensional, específicamente sobre la expectativa legítima que en ese momento le asistía al ser las condiciones previstas en el Régimen de Prima Media con Prestación más favorables a su situación pensional. Aduce que conforme a simulación pensional efectuada por la AFP Porvenir y por consultores privados, se presenta una diferencia en el valor de la mesada pensional en un régimen y en otro, resultando desfavorable el correspondiente al RAIS. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado y el retorno al RPM, no obstante, a la fecha no ha recibido respuesta alguna. Concluye indicando que el 19 de enero de 2019, cumplió 55 años y acredita más de 1.430 semanas, efectuando su última cotización el mes de noviembre de 2019.



CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron impetradas en su contra al considerar en esencia que, la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Agrega que si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda, pues de acuerdo con los documentos aportados, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Señala que la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba en cabeza de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; de hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso 4º del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010. **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. 6 a 42 archivo 09 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se tiene que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma que prevé que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 3 a 50 archivo 10 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 12 de octubre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS con fecha de efectividad del 1º de febrero de 1996, por intermedio de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., y en consecuencia, declarar válida la afiliación al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para lo cual se concede el término de un mes; **condenar** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **absolver** a Colpensiones de las demás pretensiones invocadas en su contra **condenar** en costas a Porvenir S.A., **sin costas** en contra de Colpensiones (Archivo 21 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar 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. Sobre la pensión de vejez deprecada, aduce que, conforme a diferentes pronunciamientos emitidos por el Tribunal Superior de Bogotá, tal reconocimiento no es procedente hasta tanto no sean trasladados los dineros de la parte activa que reposan en su cuenta de ahorro individual, de manera que esta debe agotar el trámite ante la encartada, tendiente al reconocimiento de la prestación pensional.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante MARLENE CECILIA SIERRA DE LA CRUZ, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, conforme a los artículos 365 y 366 del CGP aplicables por integración normativa del artículo 145 del CPT y de la SS, la parte vencida en el proceso, para este caso Colpensiones, debe ser condenada en costas, sin atender a criterios de buena o mala fe, por tanto se debe revocar la absolución impartida a favor de la entidad en referencia en relación con este aspecto, por presentar oposición en el presente trámite y haber sido vencida en juicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que una lectura de la literalidad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no permite concluir que para el año 1996 la afiliación voluntaria implicara un consentimiento informado. Aduce que tampoco es aplicable al caso el artículo 271 de la normatividad *ejusdem*, toda vez que allí se establece una sanción para quien coarte la libertad en la afiliación, pero de manera alguna regula la ineficacia de traslado por una eventual inconsistencia u omisión en el deber de información. Añade que la aplicación del Decreto 663 de 1993 tiene lugar entre entidades reguladas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que resulta equivocado involucrar al RPM, cuando tal norma prevé que a los afiliados debe brindárseles las mejores opciones del mercado. Indica que con la expedición del Decreto 2555 de 2010, la Ley 1738 de 2015 y el Decreto 2071 de símil año, nació el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones, por tanto, no es dable otorgarles efectos retroactivos a tales normas, incluso para el año 1996.

Refiere que, si bien no medió confesión en el interrogatorio de parte rendido por la activa, la misma sí tuvo lugar en el escrito de demanda sobre la información entregada a la data del traslado, que lo fue de carácter general. Resalta que, conforme al dicho de la actora en su declaración, el motivo de inconformidad atiende a una cuestión netamente económica, al no estar de acuerdo con el valor de su mesada pensional, situación que no tiene la virtud de abrir paso a una ineficacia del traslado, menos aun cuando la accionante nunca tuvo la intención de retornar al ISS hoy Colpensiones, pues no obra ningún tipo de gestión de su parte con posterioridad al año 1996, tendiente a regresar al RPM. Solicita el análisis de los actos de relacionamiento de que trata la sentencia SL413-2018, tales como el traslado de la demandante a la AFP Horizonte y posteriormente a la AFP Porvenir, pues tales comportamientos reputan válida la afiliación al RAIS.

Afirma que no puede exigirse de la AFP información sobre características, ventajas y desventajas del traslado, e incluso referencias a la favorabilidad o conveniencia del mismo, como quiera a esa data la activa contaba con 34 años y se encontraba lejos de consolidar su derecho pensional, a más que ello constituye una asesoría, que aun no había cobrado vigor en la legislación. Manifiesta que no es procedente la condena por gastos de administración, garantía de pensión mínima, comisiones y seguros previsionales, pagados con cargo a su propio patrimonio, por cuanto la decisión del *a quo*, da paso a una ineficacia *ex tunc* que desaparece el acto jurídico de traslado ocurrido en el año 1996, por manera que no procede reconocer que se generaron los rendimientos financieros a favor de la activa por causa de la administración de Horizonte y Porvenir. Aduce que la devolución de las sumas en referencia desconoce la gestión de la AFP y a su vez la reconoce, dando aplicación indebida a la figura de la ineficacia, además, el descuento de esos conceptos, atiende el mandato estatuido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que también tiene alcance en el RPM. Manifiesta que a la fecha en que fue realizada la simulación pensional de la convocante, que lo fue el 30 de diciembre de 2019, esta contaba en su cuenta de ahorro individual con \$72.022.470 de aportes y con \$84.871.427 de rendimientos, siendo diáfano que los frutos superaron el 100% de sus cotizaciones, lo cual no hubiere logrado de permanecer en el RPM. Dice que Colpensiones no hará una administración retroactiva de los recursos que se le entreguen, a más que los seguros de invalidez y sobrevivencia han cubierto tales contingencias durante la afiliación de la demandante al RAIS, acotando que la devolución del pago de la prima no da paso a una protección retroactiva. Concluye indicando que la prescripción sí opera sobre los gastos de administración, comisión y garantía de pensión mínima, toda vez que son obligaciones de trato sucesivo, que no están llamadas a financiar el pago de la pensión.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que en el caso analizado no se demostraron los vicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del consentimiento, a más que nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto de traslado, al no tratarse de un error dirimente o un error nulidad. Sostiene que conforme al artículo 167 del CGP y lo manifestado por el Tribunal Superior de Bogotá, los vicios como el error, la fuerza o el dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan, y de manera alguna puede trasladarse a la entidad, la carga de acreditar que no se actuó con dolo, pues las partes tienen la obligación de demostrar los fundamentos fácticos que sustentan sus pretensiones. Indica que conforme a las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, nadie puede ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados por los otros afiliados del RPM, ya que ello generaría una descapitalización del Sistema.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante a nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo



efectivo para el año de 1996 según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del año 2000.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, 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. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, 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.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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



de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 77 a 83 del archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARLENE CECILIA SIERRA DE LA CRUZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

De resultar afirmativa la anterior premisa, habrá de establecerse si es procedente la condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la



sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 62 archivo 01), documento de identificación de la accionante (fls. 63 a 64, 85 a 86 y 95 a 96 archivo 01), historia laboral consolidada emitida por la AFP Porvenir (fls. 65 a 71 archivo 01, fls. 3 a 31 archivo 08 y 43 a 71 archivo 9), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 72 a 76 archivo 01 y fls. 52 a 55 archivo 10), derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 77 a 83 archivo 01), derecho de petición elevado ante la AFP Porvenir (fls. 89 a 93 archivo 01), simulación pensional efectuada por la AFP llamada a la acción (fls. 99 a 102 archivo 01), estimación pensión vejez en el RPM (fls. 103 a 112 archivo 01), presentación consultor actuarial (fls. 121 a 168 archivo 01), certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A. (fl. 32 archivo 08 y fl. 72 archivo 9), respuesta a derecho de petición emitido por la AFP Porvenir (fls. 33 a 36 archivo 08 y fls. 73 a 76 archivo 09), resumen de historia laboral válida para bono pensional (fls. 37 a 39 archivo 08 y fls. 77 a 79 archivo 09), historia de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 40 a 42 archivo 08 y fls. 80 a 82 archivo 09), comunicados de prensa (fls. 42 a 52 archivo 08 y fls. 83 a 92 archivo 09), expediente administrativo (archivo 11), formularios de afiliación a la AFP Horizonte y a la AFP Porvenir (fls. 4 y 5 archivo 16), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 21).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y



21202000358 01

funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000358 01

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

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

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

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

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

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

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

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



21202000358 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000358 01

cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000358 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000358 01

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.



21202000358 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de



símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 24 de septiembre de 1987 hasta el 1º de octubre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 52 a 56 archivo 10 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte el 17 de enero de 1996 (fl. 4 archivo 16 del expediente digital); posteriormente, esto es, el 16 de mayo de 1999, suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. (fl. 5 archivo 16 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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 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. 4 archivo 16 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que se trasladó a la AFP



Horizonte para efectos de ingresar a laborar con el Banco de Colombia, por manera que suscribió el formulario de afiliación, el cual no recuerda si diligenció directamente y si contaba con la presencia de un asesor. Que no se le brindó ninguna información sobre el ISS, ni recibió ningún tipo de asesoría, por manera que no tuvo conocimiento sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual o los rendimientos financieros. Agrega que se trasladó a Porvenir al iniciar un nuevo trabajo, y pese a que en esta oportunidad sí estuvo presente el asesor comercial, no recibió información adicional a la relacionada con el diligenciamiento del formulario de afiliación. Concluye indicando que persigue retornar a Colpensiones porque no le parece justo que en el RAIS su pensión sea un poco superior al mínimo legal vigente (Audio 21 del expediente digital).

Sobre lo afirmado en el *libelo demandatorio*, si bien no existe coincidencia entre los hechos allí contenidos y el interrogatorio de parte rendido por la activa, lo cierto es que tampoco puede concluirse que en este escrito existió confesión a través de apoderado, como quiera que según los presupuestos fácticos 6 y siguientes, la única información recibida por la accionante al momento del traslado de régimen pensional, se limitó a que le fue presentado el RAIS como un régimen más beneficioso, pues en él podría pensionarse de manera anticipada y con un mayor monto pensional, contrario a lo que sucedería en el ISS, entidad en la cual los requisitos de edad, semanas y la tasa de reemplazo serían reformados de manera gravosa, datos que no permiten advertir el cumplimiento del deber de información en los términos definidos por la ley y la jurisprudencia.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Horizonte Hoy Porvenir que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

u oficio, ora 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.

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por la demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, la Corporación moduló que:

«(...) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador». (Subraya fuera de texto).



Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de la administradora de fondos de pensiones, quien logró rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

COSTAS

La parte demandante, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la falta de imposición en contra de Colpensiones, pese a que salió vencida en juicio. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado debió disponer la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.

Motivo por el cual se accederá a la solicitud de la parte activa de imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, 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 PARCIALMENTE EL NUMERAL SEXTO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 21 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, cuyo valor de las agencias en derecho deberá ser fijado por el Juzgado de Conocimiento, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: COSTAS. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000358 01

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de 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 **LUIS IGNACIO GUZMÁN RAMÍREZ** contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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»



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor LUIS IGNACIO GUZMÁN RAMÍREZ solicita se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2017, conforme al régimen de transición; se liquide la pensión con una tasa de reemplazo del 90%, con los últimos 10 años de cotización; se reconozcan y paguen los intereses moratorios; se indexen las sumas reconocidas; a pagar las costas procesales y agencias en derecho; se condene ultra y extra petita.

Como consecuencia de lo anterior solicita en forma subsidiaria se liquide la pensión con los 10 últimos años de cotización contemplados en la Ley 71 de 1988 y en forma subsidiaria de la subsidiaria se condene a liquidar y pagar la pensión de acuerdo a la Ley 797 de 2003.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a del archivo demanda anexos del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 20 de enero de 1952; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 42 años de edad; que contaba con más de 750 semanas a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; que cumplió 60 años de edad en el 2012; que contaba con 1000 semanas de cotización antes de diciembre de 2014; que cuenta con 1370 semanas; que cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social; que, el 16 de mayo de 2018 radicó solicitud de reconocimiento de pensión; que Colpensiones resolvió en forma desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la entidad le reconoció la pensión de vejez al demandante mediante Resolución SUB 90605 del 14 de abril de 2021, en la cual se reconoció una pensión de vejez con una tasa de



reemplazo del 78%. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo EXP. 023-2021-00029, carpeta CONTESTACIÓN COLPENSIONES).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 19 de agosto de 2021, resolvió; condenar a Colpensiones a pagar la pensión de vejez en cuantía de \$4.881.480; **ordenó** el pago de las diferencias pensionales causadas con la ordenada, a partir del 1 de marzo de 2017; **ordenó** el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional reconocido en la Resolución SUB 90605 del 14 de abril de 2018, a partir del 16 de septiembre de 2018 hasta la inclusión en nómina de pensionados; se autorizó los descuentos en salud; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colpensiones; **ordenó** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Respecto a los intereses de mora artículo 141 ley 100 de 1993 establece estos intereses para aquellas prestaciones reconocidas con posterioridad, 4 meses que establece la ley o que da la ley a estos fondos de pensiones para el reconocimiento o pronunciamiento de fondo respecto de las solicitudes pensionales, observamos que el señor demandante efectuó la primera petición el 16 de mayo del 2018 siendo decidida esta petición con la resolución sub 321777 del 11 diciembre del 2018, negando la prestación económica teniendo en cuenta que Colpensiones en su acto administrativo manifestó que el señor demandante no tenía derecho al contar con 1167 semanas solamente cotizadas, observamos que con posterioridad al nuevo pronunciamiento que fue con la resolución SUB



90605 del 14 abril del 2021, ahora le reconocen al demandante una cantidad de semanas de 1387 semanas que le permitieron acceder al derecho pensional, observa el despacho que estas semanas fueron cotizadas con anterioridad el año 2017, por cuanto reiteramos la última cotización fue en febrero del 2017, esta situación no cambió en este nuevo acto administrativo lo que quiere decir que existió en la primera resolución una falta de reconocimiento de unas semanas que ya habían sido cotizadas por el señor demandante y que debieron haber sido tenidas en cuenta al momento de expedir dicho acto administrativo en el año 2018, lo que le daba el derecho desde esa época reconocer la prestación económica favor del demandante, razón por la cual en ese sentido vamos a ordenar intereses de mora, los intereses de mora se ordenan sobre las mesadas reconocidas en la resolución SUB 90605 del 14 abril del 2021, intereses que corren a partir del 16 de septiembre del 2018 hasta la fecha en que se incluyó en nómina de pensionados al señor demandante, porque hasta la fecha en que incluyen nómina de pensionados, porque respecto de la reliquidación pensional no se ordenan intereses moratorios, teniendo en cuenta que está reliquidación se establece con ocasión al giro en el pronunciamiento jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia y en ese sentido es que no se ordena los intereses moratorios sobre la reliquidación, se ordena sí sobre el reconocimiento de la pensión en los términos anteriormente señalado esto es a partir del 16 de septiembre del 2018 y hasta la fecha en que fue incluido el nómina de pensionado....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante**, solicita se modifique la sentencia, en lo tocante a la imposición de condena por concepto de intereses moratorios sobre la reliquidación pensional, dado el cambio de criterio plasmado por la H. Corte Suprema de Justicia.

La apoderada de **Colpensiones**, interpone recurso de apelación, con el fin de que sea revocada la sentencia en lo tocante a los intereses moratorios, dado que, la entidad no ha incurrido en mora respecto al pago de las mesadas pensionales; además que, la negativa del reconocimiento pensional contaba con una justificación y respaldo normativo; que existe incompatibilidad entre los intereses y la indexación ordenada en la sentencia.



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:

El apoderado el **demandante**, reclama en segunda instancia el reconocimiento y pago de intereses moratorios, por la mora injustificada en el reconocimiento de la pensión de vejez.

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 reclamación presentada el 20 de agosto de 2020 y se ratifica con lo dicho en la Resolución No. SUB 90605 del 14 de abril de 2021, mediante la cual se repara la solicitud de reconocimiento pensional (folio 15 del archivo DEMANDA Y ANEXOS del expediente digital y contenido en el archivo denominado MEMORIAL DE INFORMACIÓN...).

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado de Luis Ignacio Guzmán Ramírez, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con



lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 13 archivo DEMANDA ANEXOS); reclamación administrativa (fl. 15 archivo DEMANDA ANEXOS); copia de la Resolución SUB 321777 del 11 de diciembre de 2018 (fl. 17 archivo DEMANDA ANEXOS); reporte de semanas de cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 24 archivo DEMANDA ANEXOS); certificado CETIL (fl. 31 archivo DEMANDA ANEXOS); conteo del expediente realizado por la parte actora (fl. 48 archivo DEMANDA ANEXOS); copia de la Resolución SUB 90605 del 14 de abril de 2021 (fl. 3 archivo MEMORIAL DE INFORMACIÓN RESOLUCIÓN LUIS IGNACIO GUZMAN); probanzas de las cuales se colige, que al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. SUB 90605 del 14 de abril de 2021, a partir del 1° de marzo de 2017 en cuantía inicial de \$4.230.616, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad; en igual sentido se acreditó que el señor GUZMÁN RAMÍREZ cotizó para los riesgos de I.V.M. por el lapso del 20 de enero de octubre de 1981 al 18 de febrero de 196 y posteriormente dl 9 de noviembre de 1992 al 28 de febrero de 2017 al RPM, sin embargo, con anterioridad a dicha data, prestó sus servicios como asistente de la Cámara de Representantes en el interregno del 20 de julio de 1974 al 31 de enero de 1975, tiempo en el cual cotizó a la extinta Caja Nacional de Previsión Social (fl. 31 del archivo de la DEMANDA y ANEXOS); del 3 de diciembre de 1986 al 3 de diciembre de 1986; del 31 de agosto al 28 de septiembre de 1987, del 3 de noviembre al 31 de diciembre de 1987; del 29 de agosto al 26 de noviembre de 1989; del 24 de julio de 1990 al 30 de septiembre de 1991 realizó cotizaciones al Fondo del Congreso, un total de 1.387 semanas de cotización; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.



FECHA DE DISFRUTE

Corresponde a esta Sala, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 69 del CPT referente a la consulta a favor de las Entidades donde la Nación es garante, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual el accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

«ARTÍCULO 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»* (...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»* (acentúa la Sala)

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha de disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.



Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia SL 5603 Rad. 47236 del 6 de abril de 2016 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que «en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente (...) en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que **la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema** (...) Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, **dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**» (Resalta de la Sala)

En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuestos, encuentra debidamente probada la desafiliación al sistema desde el día siguiente a la última cotización, elevada para el ciclo de febrero de 2017, con la cual, se precisa el retiro del cotizante al sistema de pensiones, cumpliendo con dicha novedad el enunciado normativo del artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990 que dispone, se *itera*, «Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión».

Motivo por el cual, es que deviene indudable el otorgamiento de la pensión a partir del día siguiente al retiro del sistema de seguridad social, ello es, desde el 1° de marzo de 2017.



Así las cosas, se procederá a efectuar las operaciones aritméticas de rigor, teniendo para el efecto el Ingreso Base de Liquidación establecido por la pasiva en Acto Administrativo No. SUB 90605 del 14 de abril de 2021, atinente a \$5.423.867, obteniéndose para el periodo correspondiente del 1° de marzo de 2017 al 31 de enero de 2021, fecha en que se profiere la correspondiente sentencia, los siguientes valores.

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incre - mento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/03/17	31/12/17	5,75%	\$ 4.881.480,00	\$ 4.230.616	\$ 650.864,00	11,00	\$ 7.159.504,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.081.133,00	\$ 4.403.648	\$ 677.484,81	13,00	\$ 8.807.302,5
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.242.713,00	\$ 4.543.684	\$ 699.028,79	13,00	\$ 9.087.374,3
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 5.441.936,00	\$ 4.716.344	\$ 725.591,79	13,00	\$ 9.432.693,3
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 5.529.551,00	\$ 4.792.277	\$ 737.273,65	13,00	\$ 9.584.557,5
01/01/22	31/01/22	5,62%	\$ 5.840.311,00	\$ 5.061.603	\$ 778.707,66	1	\$ 778.707,66
Total retroactivo							\$ 44.850.139,22

Así las cosas, el retroactivo asciende a la suma de \$**44.850.139,22**, por lo que se adicionará la sentencia, en este aspecto.

INTERESES DE MORA

Las partes en contienda centran su reparo frente al reconocimiento de los intereses moratorios, pues a su juicio de la parte actora, dicho concepto debe reconocerse también respecto a la reliquidación pensional ordenada, al haberse cambiado de criterio en este punto en el año 2020, fecha en que se reconoció la prestación económica.

A su turno, la apoderada de la demandada, considera que la entidad ha venido pagando la prestación económica y por ello, no debe fulminarse condena por este concepto.



Sobre el particular, se tiene que los mismos están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula que *«A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago»*, empero dicha obligación no opera automáticamente, dado que conforme al criterio de la Sala Mayoritaria, las entidades de seguridad social cuentan con un período de exención en el otorgamiento de la pensión, el cual corresponde a un período de 4 meses, contados desde la radicación de la solicitud pensional, al cabo de los cuales comienzan a correr los enunciados intereses, de acuerdo a los términos del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Colofón de lo anterior, en el *sub judice*, se tiene que el actor reclamó por primera vez el reconocimiento de su pensión el 16 de mayo de 2018, de acuerdo a la información relacionada en la Resolución SUB 321777 del 11 de diciembre de 2018 (fl. 17 del archivo DEMANDA Y ANEXOS) del expediente digital.

Pese a haberse presentado en dicha data la solicitud de reconocimiento pensional, en dicha oportunidad, se resolvió en forma desfavorable al solicitante, al avizorarse que,

“...en el caso en estudio el señor GUZMAN RAMIREZ LUIS IGNACIO, ya identificado, acredita más de 40 años de edad al 1 de abril de 1994 y tiene derecho al Régimen de transición, el acto legislativo otorga una prórroga al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 pero para ser beneficiario de los beneficios de la prórroga es necesario tener 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo (25 de julio de 2005), razón por la cual NO es beneficiario de la prórroga concedida por el acto legislativo 01 de 2005.

Que de conformidad a que el solicitante No acredita 750 semanas al 25 de julio de 2005 solo le es aplicable el régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010



y en virtud a que acredita 60 años de edad al 20 de enero de 2012 no es posible estudiar la prestación con base a lo determinado en el Decreto 758 de 1990”

De los argumentos esgrimidos por la entidad convocada, colige la Sala de Decisión, que Colpensiones hizo un estudio respecto a los requisitos legales (régimen de transición), a la hora de resolver el pedimento, sin embargo, al encontrarse que el afiliado no contaba con las semanas requeridas para mantener el régimen de transición hasta el año 2014, y a pesar de haberse desplegado el ente de seguridad social, actuaciones tendientes a resolver la solicitud incoada por el aquí demandante, no fue posible obtener información adicional a la acopiada en el expediente administrativo, en lo tocante a tiempos de servicios prestado en entidades públicas (requerimiento a la Cámara de Representantes que fue devuelto e imposibilidad de comunicarse con el petente, por la escasa información aportada en el expediente administrativo).

Por otro lado, pero no menos importante, debe resaltar esta colegiatura que, para la fecha en que fue radicada la solicitud de reconocimiento pensional (2018), la postura reiterada de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, era que no se podían contabilizar tiempos laborados en entidades públicas y tiempos servidos en empresa privada, para que le fuese reconocida la pensión de vejez, bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990 y el aludido criterio, fue replanteado en la sentencia SL 1981 del 1 de julio de 2020, es decir, con posterioridad a la radicación de la reclamación pensional.

Pese a lo anterior, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, el demandante presentó reclamación el 20 de agosto de 2020 (fl. 15 archivo DEMANDA Y ANEXOS, del expediente digital), por lo que, Colpensiones contaba con 4 meses a partir de dicha data para resolver la solicitud pensional.



Del material probatorio se tiene que, la convocada a juicio tan solo emitió la Resolución SUB 90605 el 14 de abril de 2021, con la cual reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2017, en cuantía de \$4.230.616.

Luego entonces, para esta Sala de Decisión, en efecto, existe mora por parte de Colpensiones para resolver la solicitud de reconocimiento pensional y en tal sentido se debía condenar al pago de intereses moratorios, pero no desde la fecha indicada por el A quo, ya que para la fecha de la primera reclamación, se itera, no se tenía como criterio predominante de la Corporación, el reconocimiento de intereses moratorios frente a pensiones reconocidas bajo el imperio del régimen de transición y tampoco se reconocía pensiones de vejez con el Acuerdo 049 de 1990 contabilizando tiempos públicos y privados.

Sin embargo, dado el cambio de criterio frente al reconocimiento de intereses moratorios data del año 2020 y que se ordenó el pago de la pensión de vejez con una superior a la establecida por el ente de seguridad social, en este punto, es viable, ordenar el reconocimiento de intereses moratorios, de acuerdo a lo preceptuado en sentencia SL3130 del 19 de agosto de 2020, que señala;

“...En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva



entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»».

Así las cosas, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar al reconocimiento de intereses moratorios a partir del día siguiente al vencimiento de los 4 meses, siendo dicha fecha, el 21 de diciembre de 2020 y hasta el 30 de mayo de 2021, sobre la totalidad de la mesada reconocida al demandante en el trámite litigioso y a partir del 1 de junio de 2021 se ordenará el pago de los intereses moratorios únicamente respecto a la diferencia generada en la sentencia de primera instancia y cuantificada en esta instancia y hasta cuando se verifique el pago efectivo de las sumas aquí reconocidas.

COSTAS. Sin costas, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 19 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de fijar como retroactivo causado a favor de **LUIS IGNACIO GUZMÁN RAMÍREZ** a partir del 1 de marzo de 2017 al 31 de enero de 2021, en cuantía de **\$44.850.139,22**.

SEGUNDO. MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá



D.C., en audiencia pública celebrada el 19 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de establecer que los intereses moratorios deben ser liquidados desde el día siguiente al vencimiento de los 4 meses, siendo dicha fecha, el 21 de diciembre de 2020 y hasta el 30 de mayo de 2021, sobre la totalidad de la mesada reconocida al demandante y a partir del 1° de junio de 2021 se reconocerán los intereses moratorios únicamente respecto a la diferencia generada en la sentencia de primera instancia y cuantificada en esta instancia y hasta cuando se verifique el pago efectivo de las sumas aquí reconocidas

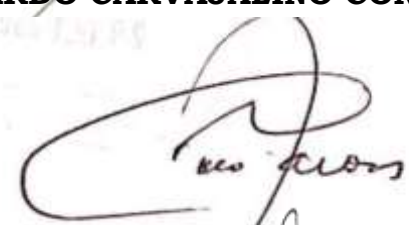
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

CUARTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las results de la alzada.

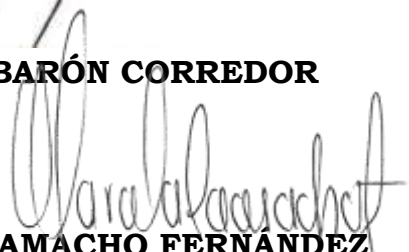
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LIBIA DEL CARMEN ARIAS CARO** contra **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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: La señora LIBIA DEL CARMEN ARIAS CARO solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.; que la empresa es responsable de la estabilidad laboral reforzada como consecuencia de las patologías padecidas por la trabajadora; que el despido acaecido el 13 de septiembre de 2017 es ilegal.

Como consecuencia de lo anterior solicita se condene a Alpina Productos Alimenticios a reintegrarla al cargo de cajero o a uno de superior categoría; a pagar los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, beneficios económicos establecidos en el pacto colectivo, seguridad social y pensión desde el 13 de septiembre de 2017 hasta la fecha en que se produzca su reintegro; que se pague la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997; se reconozcan derechos ultra y extra petita; a pagar costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 95 a 97 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se vinculó a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., el 15 de mayo de 2013, en el cargo de cajera; que a la fecha de ingreso a la empresa, la trabajadora no presentó ningún problema de columna; que el 12 de septiembre de 2014 sufrió un accidente de trabajo, el cual fue reportado a su supervisor; que el aludido acontecimiento no fue reportado, dado que no había personal para reemplazarla; que el 13 de diciembre de 2014 la EPS Compensar emitió recomendaciones médicas; que la demandada reubicó a la trabajadora a diferentes puntos de venta; que el empleador se mostró incómodo frente a esta situación y por ello, sobrecargó de trabajo a la actora; que el 16 de agosto en el punto de



venta de Gran Estación se presentó una persona de control de calidad y encontró postres con fecha de vencimiento borrados; que de acuerdo a este hecho, la empresa inició proceso disciplinario el 30 de agosto de 2017; que el 13 de septiembre de 2017 le fue terminado el contrato de trabajo, alegándose una justa causa; que instauró acción de tutela contra la empleadora y se ordenó el reintegro de la accionante; que el 19 de diciembre de 2017 Alpina reintegró a la trabajadora; que el 6 de marzo de 2018 le fueron realizadas valoraciones médicas, diagnosticándosele escoliosis de vértice izquierdo.

CONTESTACIÓN: La empresa **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la demandante no cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral y consecuencia de ello, no se puede establecer una disminución de sus capacidades. Como medios **exceptivos** propuso los de, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia del reintegro, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, compensación, buena fe, pago, prescripción (fl. 164).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticinco (25°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de octubre de 2021, resolvió; **absolver** a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la demandante; **se abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta en caso de no ser apelada la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...Al analizarse el material probatorio evacuado debe decirse que no se produjo prueba donde se extraiga confesión alguna en torno a que la causal de terminación de la relación laboral lo fuera el estado de enfermedad de la trabajadora, pues recordemos que en el interrogatorio del representa legal de la demandada no se extrajo confesión alguna que diera lugar a entender lo contrario, en efecto conforme a lo considerado previamente no se evidenció la existencia de un accidente de trabajo y de acuerdo al material obrante en el plenario se evidencia que la parte demandante no probó que para el 13 de septiembre del 2017 como fecha de terminación contractual de la señora Ligia del Carmen Arias Caro se encontraba incapacitada, asimismo resulta muy importante destacar que la señora accionante no hizo los actos tendientes para saber el porcentaje de pérdida de capacidad laboral específico para demostrar la limitación que se alega desde el escrito de demanda en el momento en que se terminó el contrato de trabajo, en esa perspectiva revisado el expediente se constata que no hay documento o documentos que certifiquen el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral al momento de la terminación de la relación contractual de las parte, es necesario establecer que si el dictamen antes referido hubiera sido incorporado a este expediente certificado al momento de la terminación de la relación laboral, tendría como consecuencia tener la certeza técnica y científica del grado de discapacidad porque si bien es cierto el juez laboral no está sujeto a la tarifa legal de prueba también lo es qué es el dictamen el idóneo para establecer el grado de discapacidad o limitación de la persona para demostrar los hechos de la discapacidad que soportan las pretensiones de esta demanda....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, reclama que la sentencia debe ser revocada, al estimar que, la demandada tenía conocimiento del accidente e incapacidades emitidas a la demandante; que el Juez de tutela reconoció el derecho de la demandante y por ello, ordenó el reintegro; que el manejo de las fechas de vencimiento, de los productos era recurrente por los supervisores y empleados.

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 **Alpina S.A.**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que, el despido de la demandante obedeció a una justa causa y previo a tomar dicha determinación, se adelantó un proceso disciplinario y con ello, garantizar el derecho de defensa de la ex trabajadora; que tampoco se encuentra acreditada que la demandante sea beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada; que para la fecha de la desvinculación de la actora, esta no contaba con incapacidades, recomendaciones, ni ningún tipo de tratamiento médico.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo* demandatorio, los argumentos esbozados por el sentenciador de primera instancia y los reparos invocados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar si la actora al momento del despido se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de resultar afirmativas las anteriores premisas, establecer si la relación laboral continua vigente, en igual sentido, si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de dicha declaración.

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* y corroborado del material probatorio



obranste al plenario, de los cuales se advierte que ARIAS CARO laboró al servicio de la demandada desde el 15 de mayo de 2013, hecho que por demás se encuentra soportado con el contrato de trabajo acopiado a folio 202 del cartulario.

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los reparos elevados.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – INEFICACIA DEL DESPIDO

Si bien el recurso impetrado por la parte actora, no es claro, en lo tocante a la estabilidad laboral reforzada de la demandante, se puede colegir que, este no se encuentra de acuerdo con la decisión emitida por el A quo, al argüir que, al tener conocimiento la demandada de las afectaciones de salud de la trabajadora con posterioridad a sufrir el accidente laboral, esta debió tenerlas en consideración y abstenerse de terminar el vínculo contractual existente.

Para resolver, se tiene que con la expedición de la Ley 361 de 1997, se reguló en su artículo 26 que la persona limitada físicamente, no puede ser despedida por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

Ahora, la H. Corte Constitucional a previsto que la interpretación derivada de la lectura del artículo 1º de la ley *ejusdem*, consiste en que los principios que inspiran la protección laboral de las personas «*con limitación en sus derechos fundamentales*» y de las personas «*con limitaciones severas y profundas*», dan lugar a la viabilidad de proteger tanto aquellos trabajadores con calificación laboral por entes de seguridad social, como para aquellos que presentan una clara disminución en su salud.



De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015, en el entendido que así se efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo; por manera que, la indemnización prevista constituye una sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de discapacidad, y sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

Al respecto, las sentencias T – 281 de 2010 con ponencia del H. Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto, T – 850 de 2011 y la SU – 049 de 2017. Providencia en la cual indicó:

«El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda...»

5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación» (negritas fuera de texto)



De otra parte, en reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, dejó por sentado que la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 operaba siempre y cuando, el trabajador acredite que se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato y el empleador no logre acreditar que el despido acaeció por una justa causa. Fue así como en sentencia SL – 1360 de 2018, precisó:

«La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas»

Pese a lo anterior, en reciente pronunciamiento, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ha señalado, que, para gozar de la protección por estabilidad laboral reforzada, “...es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad o pérdida de la capacidad laboral en un grado significativo, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas”² (Resaltado de la Sala).

² Sentencia SL4632 del 6 de octubre de 2021.



Estableciéndose que, la calificación de la pérdida de capacidad laboral puede emitirse con posterioridad al finiquito contractual, dadas, las demoras en la expedición de las correspondientes experticias médicas o trámites administrativos de los diversos entes de seguridad social y ajena de los contendientes en la presente litis.

Descendiendo al caso sub examine, encuentra la Sala que la demandante alega haber sufrido un accidente laboral el día 12 de septiembre de 2014d en las instalaciones de Alpina y, dadas las dolencias físicas, comparece a la EPS Compensar el 20 de septiembre de la misma anualidad.

En la aludida consulta médica, y de acuerdo a la historia clínica acopiada al cartapacio procesal, la trabajadora en su momento informó al galeno que, *“PACIENTE REFIERE CUADRO DE 8 DIAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN DOLOR COLUMNA DEPIUES (sic) DE INTENAR LEVANTAR UNAS CUBERTAS PARA SURTIR LAS MERCANCIAS.- HECHO OCURRIO EL 12 SEPT/14 REALIZANDO LAS FUNCIONES PARA LO QUE FUE CONTRATADA- MÁS O MENOS A MEDIO DIA – LE COMUNICO A SU JEFE, NO REALIZARON RUTAR – NO ACUDIO POR SERVICIO DE URGENCIAS...”* (fl. 37).

Ahora bien, desde el día 12 de septiembre que indica la demandante, como su infortunio laboral, hasta el 30 de marzo de 2017, de acuerdo a la historia clínica aportada (fl. 22 a 37), se puede verificar que la EPS en su momento emitió incapacidad médica únicamente para el día 30 y 31 de marzo de 2017³.

El 7 de mayo de 2015 es valorada por el fisiatra de la IPS REQPERA y este informa en su valoración que, la trabajadora es 100% independiente; que no requiere transporte especial; que presenta dolor

³ Folio 22 del expediente



“DOROSLUMBAR” (sic) hace 9 meses y para ello recibe 10 sesiones de fisioterapia, sin que se le hubiera dado manejo con medicamentos y pese a que padece escoliosis “LASEGUUE⁴ (sic) NEGATIVO NO HAY ALTERACIONES ESPECÍFICAS DE SENSIBILIDAD Y FUERZA, NI SIGNOS DE ESCOLIOSIS” (fl. 40).

A su turno, el ortopedista de la aludida IPS (fl. 39), en la misma data valoró a la trabajadora e indicó

“SEGUIR MANEJO terapias físicas enfocada en fortalecimiento de estabilizadores de escapula, estiramientos capsulares de hombro, fortalecimiento del core Terapias físicas sedativas y estiramientos para sacoilitis (sic) con su eps Amerita por período de tres meses restricciones laborales (sic) de peso y manejo con pausas activas”

Si bien, la señora Libia del Carmen, alega una estabilidad laboral reforzada, del caudal probatorio recaudado en el decurso procesal, se tiene que, en el interregno del 15 de mayo de 2013 al 13 de septiembre de 2017, cuando la empresa ALPINA termina el contrato de trabajo, la demandante, fue incapacitada una única vez, por otro lado, la recomendación emitida por la IPS, fue por el término de tres meses, dado que se encontraba realizando terapias físicas para fortalecer su escapula.

Que de acuerdo a lo dicho por la demandante en el interrogatorio de parte, no suministró al empleador, recomendaciones, incapacidades ni restricciones médicas emitidas a su favor, con anterioridad al año 2017, al estimar que estas le debieron ser pedidas a ella por Alpina.

⁴ Entiéndase el Lasegue como “...uno de los test más importantes que se realizan durante un examen físico para determinar si un paciente con **lumbalgia** tiene una **hernia discal**, localizada generalmente en **L4-L5**”. <https://rehabilitacionpremiummadrid.com/blog/jose-ignacio-diaz/que-es-el-signo-de-lasegue-positivo/>



Ahora bien, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, el vínculo contractual feneció el 13 de septiembre de 2017, sin embargo, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá⁵ el 4 de diciembre de 2017, la convocada a juicio, reintegró a la trabajadora a sus labores el 19 de diciembre de la enunciada calenda, tal y como se puede verificar con el acta de reintegro aportada por las partes (fl. 77 y 199).

Con posterioridad a dicha data, la EPS Compensar emitió sendas incapacidades a la demandante, del 27 de diciembre de 2017 a 28 de diciembre de 2017 (fl. 84); del 2 febrero 2018 a 3 de febrero 2018 fl. 81; del 19 febrero 2018 a 20 de febrero 2018 fl. 83; del 2 de abril de 2018 a 4 de abril de 2018 (fl. 85) y emitió valoraciones médicas para determinar su estado de salud (fl. 105 a 110).

Es así, como la EPS Compensar emite dictamen para la calificación del origen de los eventos de salud de la actora, el 26 de noviembre de 2018, estableciendo que el origen de su enfermedad es de índole laboral, sin establecer ningún tipo de porcentaje en la pérdida de su capacidad laboral (documento que fue aportado al momento de rendir la correspondiente declaración de parte la demandante)⁶.

Luego entonces, como recientemente lo ha enfatizado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4632 de 2021,

“Por ende, el trabajador debe demostrar que fue despedido y que se encontraba limitado en su salud en los grados previstos por el legislador, para que surja en su favor la protección legal, que conlleva a que sea el empleador quien deba probar que las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fueron las concernientes a su limitación y, por consiguiente, ante esa situación acreditada, no se le podía exigir el agotamiento del permiso ministerial...”

⁵ Folio 45

⁶ Folio 290



Por lo que, parafraseando lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, no pasa inadvertido esta Colegiatura que la demandante tenía unos padecimientos médicos, sin embargo, en lo tocante al accidente de trabajo, a pesar de alegarse que este fue reportado al supervisor, el mismo no fue reportado a la empresa y consecuencia de ello, no se tiene ningún registro de que en efecto tal hecho haya acaecido.

Durante el vínculo contractual, la IPS REQPERA S.A.S., fue la única que hizo una recomendación a Alpina, sin embargo, esta se limitó a la carga de peso y a la realización de las pausas activas; por su parte, la EPS en forma alguna emitió restricción o recomendación alguna frente al estado de salud de la afiliada, limitándose a establecer que el origen de su padecimiento era laboral y no común.

Si bien el contrato de trabajo se encuentra vigente, dada la orden emitida por un juez constitucional, no es menos cierto que, desde el año 2017 a la presente data no se encuentra ningún dictamen médico, que establezca el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que pudiera tener la demandante.

Con todo, no existe prueba alguna que permita inferir que al momento del despido de la señora Libia del Carmen Arias Caro, esto es 13 de septiembre de 2017, la misma se encontrara incapacitada y mucho menos que se encontrara en proceso de calificación de la pérdida de su capacidad laboral, pues como ya se indicó en momentos anteriores, la última asistencia médica percibida por el demandante fue la de 22 de junio de 2017, oportunidad en la que se le diagnosticó un “M549 DORSALGIA – NO ESPECIFICADA M624 CONTRACTURA MUSCULAR M419 ESCOLIOSIS – NO ESPECIFICADA”, sin que le fuera concedida incapacidad laboral, advirtiéndose únicamente continuidad en el tratamiento, y sin que medie tampoco continuidad alguna entre las incapacidades



otorgadas, ni tampoco recomendación adicional a las señaladas en forma precedente.

Ahora, si en gracia de discusión se acogiera la premisa de que la trabajadora se encontraba aforada por la garantía de la estabilidad laboral reforzada prevista en la norma bajo examine, no debe desconocerse que las causales que dieron motivo al despido de la demandante, en nada se centraron en la aparente discapacidad de la señora Libia Del Carmen Arias Caro, pues las mismas fueron consecuencia del proceso disciplinario adelantado por Alpina.

En lo tocante a este punto, debe indicar esta Sala de Decisión, que la demandante se encontraba prestando sus servicios en el punto de venta del centro comercial Gran Estación, y el día 17 de agosto de 2017, la empresa recibió un informe de auditoría, en el que informaban que se habían encontrado *“postres vencidos en exhibición el cual estaba sin fecha de vencimiento”*, frente a lo cual, se le procedió a llamar a descargos para el 30 de agosto a la trabajadora, con el fin auscultar dicha información.

De acuerdo a la información registrada en la respectiva acta de descargos, la actora indicó que *“El 16 de agosto yo abrí el PDV, los postres tenían fecha de vencimiento 15 de Agosto, entonces el 16 yo les borre la fecha para poder venderlos esos día; cuando termine mi turno le dije a mi compañero Jhon que tuviera cuidado con esos postres que tocaba venderlos ese día que los impulsara; al otro día que vino Steven yo descanse y ahí fue cuando supimos que Jhon no había sacado los postres y Allison quien abrió el 17 tampoco se percató y no los sacó”*.

A renglón seguido y al indagársele respecto a la autorización para borrar las fechas de vencimiento de los productos, informó no tenerla; agregando que, *“Para mi concepto un día después de la fecha el postre*



esta bueno, es para mí, tal vez para un cliente no. Siempre he tratado que todo se venda y me parecía que sacar la baja de esos postres era terrible”.

Cuando se indagó si tenía conocimiento que otra persona de la empresa estuviera ejerciendo las mismas actividades (borrar fecha de vencimiento de productos) señaló que no y que las políticas de la compañía no permitían ese tipo de prácticas.

Pese a lo anterior, en el interrogatorio de parte, cambia totalmente la versión rendida en forma inicial, para señalar que, los productos no se encontraban a la vista de los clientes, por cuanto se encontraban en una nevera de atrás; que pasaba de stand en stand y que el supervisor le decía que podía borrar las fechas de vencimiento para poder vender los productos; que no fue capacitada respecto al retiro de los postres de la estantería y una serie de situaciones en forma alguna señaladas al momento de rendir los correspondientes descargos; sin embargo finaliza su intervención diciendo que dejó los postres para sacarlos en la tarde.

Las anteriores apreciaciones dejan en el sentir de la Sala en entre dicho lo exteriorizado por la demandante, tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte, y dejando ver en forma palmaria que la actora tenía conocimiento de las políticas para la venta de productos de la empresa demandada y que hizo caso omiso a las mismas, al pretender vender postres sin la fecha de vencimiento, sin precaver el daño o perjuicio que pudiera causar con su actuar no solo a la compañía sino al consumidor final.

Dadas las argumentaciones expuestas, estima esta Sala de Decisión que se encuentra desvirtuada la presunción de discriminación



establecida en la norma bajo estudio, al haberse despedido a la actora por una causal objetiva, como lo fue el incumplimiento de las obligaciones laboral; razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Atendiendo que la pretensión principal de la demanda no encuentra vocación de prosperidad y que las demás pretensiones son subsecuentes a esta, diáfana resulta la confirmación de la absolución de la encartada.

COSTAS.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante, Libia del Carmen Arias Caro y a favor de Alpina S.A., dadas las resultas del recurso de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LIBIA DEL CARMEN ARIAS CARO** contra **ALPNA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

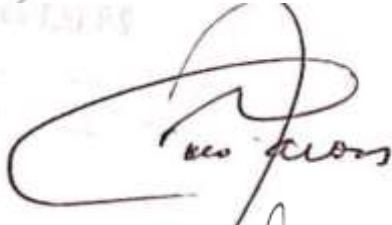


SEGUNDO: COSTAS: En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante y a favor de Alpina.

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



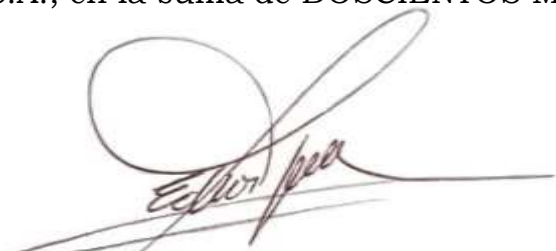
LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de LIBIA DEL CARMEN ARIAS CARO y a favor de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLAUDIO JAVIER COGOLLO MERLÁN** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y 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 y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 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»



AUTO

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de la UGPP, a la abogada, Mariana Galindo Ruíz, identificada con C.C. No. 1.032.437.264 y portadora de la T. P. No. 253.070 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

SENTENCIA

DEMANDA: El señor CLAUDIO JAVIER COGOLLO MERLANO solicita se declare la nulidad del traslado efectuado el 1 de diciembre de 1995 al Régimen de Ahorro Individual; subsidiariamente se declare la ineficacia o invalidez del eludido traslado; se ordene a Protección S.A., a anular la afiliación realizada; se ordene a Colpensiones anular el registro de traslado; se ordene a Protección transferir al RPM el saldo de la cuenta individual del trabajador; que Colpensiones reactive la afiliación sin solución de continuidad; que se actualice la historia laboral del afiliado; se ordene el pago de derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; se condene en costas a las demandadas.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 18 de noviembre de 1959; que prestó sus servicios en entidades públicas; que cotizó a CAJANAL y a la Caja Departamental de Previsión Social de Norte de Santander; que el 1 de diciembre se trasladó al RAIS; que al momento del traslado de régimen al demandante la faltaban menos de cuatro años para cumplir con la edad establecida legalmente para pensionarse; que no le fue suministrada la información idónea para trasladarse de régimen y



sobre las consecuencias de dicha determinación; que la mesada pensional entre cada régimen resulta disímil; que en junio de 2019 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones pero esta fue resuelta en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, no se encontraba acreditado que la afiliación efectuada al fondo privado fuera nula y por tanto la misma es válida. Como medios **exceptivos** propuso las de, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (fl. 78).

Con auto del 12 de diciembre de 2019, el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP (fl. 104).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado por el demandante, fue efectuado en forma libre y voluntaria y por tanto la UGPP no tiene facultad para reconocer prestaciones derivadas de la relación entre la AFP y el peticionario. Como medios exceptivos propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y buena fe (fl. 118).



A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al preciar que, se está en presencia de un acto válido, exento de vicios del consentimiento y fuerza para su celebración. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (fl. 136).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 26 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS; **condenó** a Protección a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con las cotizaciones y rendimientos, sin efectuar ningún descuento; **condenó** a Colpensiones a aceptar el traslado y contabilizar las semanas de cotización del demandante, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UGPP; **condenó** en costas a Protección a favor del demandante y a Colpensiones a pagar las costas a favor de la UGPP.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Considera este despacho pues que precisamente no se le brindó esa información respecto cuál era las diferencias, si era necesario tener cierto número de semanas cotizadas o si lo principal en el régimen de ahorro



individual era el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, ante lo cual pues también el demandante manifestó que no le hablaron que se trataría de una cuenta ahorro individual.

Así las cosas si bien al demandante se le brindó cierta información respecto algunas características del régimen de ahorro individual, esta explicación no fue suficiente, completa y eficaz respecto a todas y cada una de las características y respecto a las cuales se le brindó alguna información, la misma no fue completa y oportuna para que el demandante tuviera una clara diferenciación entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Protección S.A.** apela en forma parcial la sentencia, al considerar que los gastos de administración y seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley y por ello, no es pertinente ordenar la devolución de los rendimientos generados ni ningún otro emolumento generado en la cuenta de ahorro individual; por otro lado estima la apoderada que, los seguros fueron descontados y pagados a una aseguradora y por ello, no es viable ordenar su devolución.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, en lo tocante a la imposición de condena en costas impuesta a la entidad y a favor de la UGPP, al estimar que el Consejo Superior de la Judicatura determinó criterios a tener en cuenta para tal imposición de condena, por lo que, atendiendo el tipo de proceso incoado, de acuerdo a ello, no era procedente la imposición de la aludida condena.

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 del **demandante**, reclama la confirmación de la sentencia, ya que en su sentir, el fondo al que se encontraba afiliado su representado no cumplió con el deber de información.

A su turno, la **UGPP**, solicita se modifique la sentencia de primera instancia, al estimar que, la entidad no está llamada a responder por los actos de afiliación donde participaron varias entidades del estado y además de ello, existe una falta de agotamiento de reclamación administrativo, que se debe indicar que se absuelve a la entidad de las pretensiones incoadas.

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 en a folio 45 del expediente y en el cual se vislumbra que tal requisito fue cumplido el 4 de junio de 2019.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la



Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por el señor Claudio Javier Cogollo Merlán al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de



cédula de ciudadanía (fl. 23); certificado de información laboral (fl. 24); certificado de salario base (fl. 25); certificación de salarios mes a mes (fl. 26); historia laboral emitida por Protección (fl. 36, reverso fl. 151); respuesta de Protección a derecho de petición (fl. 41); respuesta de Colpensiones a petición (fl. 50); expediente administrativo emitido por Colpensiones (fl. 99); formulario de vinculación a Protección (fl.149); resumen de historia laboral (reverso, fl.149); certificado SIAFP (reverso, fl.150); reporte de estado de cuentas emitido por Protección (reverso, fl. 161).

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».

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

AFILIACIÓN, COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante prestó sus servicios Al Instituto Nacional de Vías - INVIAS entre el 30 de julio de 1979 y el 31 de diciembre de 1994 (fl. 24) y posteriormente fue vinculado en la Gobernación de Norte de Santander, entre el 17 de febrero de 1995 hasta el 26 de marzo de 1996 (fl. 34), tal y como se constata con los certificados de información laboral acopiados al cartulario.

Colofón de lo anterior, el demandante, en un principio cotizó a la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, para después ser afiliado a la Caja Departamental de Previsión Social – Fondo Territorial de Pensiones de Norte de Santander, y de allí trasladarse a la AFP Protección S.A., el 20 de noviembre de 1995, según da cuenta la documental adosada (fl. 149), fondo al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como así se certifica en la documental incorporada a folio 150; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 149), 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, la asesoría fue brindada en aproximadamente cinco minutos, en donde indagó al asesor sobre unos puntos específicos, al resaltar que *“...yo tenía los 36 años tenía prácticamente 18 años de cotización y las preguntas más fueron a qué edad me podía pensionar, ellos me respondieron que a cualquier edad y lo segundo que pregunté era que si la pensión se podía sustituir, que también me dijeron que sí, yo me basé en base a esos dos y eso fueron las preguntas básicas, no me dieron ninguna otra información adicional...”*

Pese a que se le informó que podía pensionarse en forma anticipada, y de acuerdo a la densidad de semanas de cotización que tenía a la fecha de su traslado, nunca solicitó el reconocimiento y pago de la pensión, al habersele informado que, *“entre más semanas cotizadas yo podía tener una mejor pensión, entonces como estaba digamos laboralmente activo pues entonces decidí esperar a que llegará el momento y económicamente no tuve la necesidad de pedir esa pensión anticipada si no la hubiera solicitado”*.



El asesor no le informó lo que ocurriría con las semanas cotizadas en las cajas de previsión social, así como tampoco se le dijo que abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre y que esta generaría rendimientos o intereses a su favor y que tendría la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, y mucho menos de los requisitos que debía cumplir para pensionarse en forma anticipada y que la composición de su grupo familiar podía variar el valor de la mesada pensional.

El sentir del demandante, es que, a pesar de haber suscrito el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria “...yo creo que sí fui muy mal asesorado, la información que me dieron fue muy, digamos muy light como dicen ahora los muchachos, porque si a mí me hubieran dado una información completa y veraz yo no hubiera hecho nunca el cambio, porque yo estaba prácticamente próximo a cumplir las 1000 semanas y había podido esperar y terminé cotizando más de 1000 semanas sin necesidad de cotizarlas”

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas de las características del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que



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

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Debe resaltarse que, el demandante, Claudio Javier Cogollo Merlano se encontraba vinculado al Fondo Territorial de Pensiones de Norte de Santander, del cual era responsable la Gobernación del aludido departamento, por ello, debe precisarse que, existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a dicho fondo por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Protección S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.



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

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

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

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin



importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».

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

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 IMPOSICIÓN DE CONDENA EN COSTAS

Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que Colpensiones convocó a la UGPP al trámite litigioso al estimar que la entidad debía comparecer al proceso al haber estado afiliado el trabajador a la misma, cuando el último



ente al que se afilió el demandante fue al Fondo Territorial del Departamento de Santander.

Así las cosas, surge en forma palmaria la condena en costas a cargo de la enunciada entidad.

En lo tocante a las costas causadas en esta instancia, estas serán impuestas a cargo de la AFP Protección S.A., y a favor del demandante, Claudio Javier Cogollo Merlan, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 26 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CLAUDIO JAVIER COGOLLO MERLANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A. y a favor del demandante, CLAUDIO JAVIER COGOLLO MERLANO en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$600.000), a cargo de la entidad relacionada.

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 Protección Social-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MIGUEL ANGEL ROSERO SÁNCHEZ** contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR 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 y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor MIGUEL ANGEL ROSERO SÁNCHEZ solicita se condene a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. a reintegrarlo en el cargo desempeñado al momento del despido, o en su lugar a otro igual o superior categoría; a pagar los salarios, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión dejados de cancelar desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro; se declare sin solución de continuidad el contrato de trabajo celebrado entre las partes; se dé aplicación a los principios ultra y extra petita; se condene al pago de las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 5 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que fue vinculado a Famisanar mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de septiembre de 2007 al 22 de septiembre de 2020; que se desempeñó como ejecutivo comercial; el salario promedio devengado fue de \$2.200.000; que el 22 de septiembre de 2020 le fue terminado el contrato de trabajo, alegándose una justa causa; que el 22 de enero de 2018 el sindicato de trabajadores de Famisanar presentó pliego de peticiones, pero no se llegó a ningún acuerdo; que se convocó a Tribunal de Arbitramento y el 26 de febrero de 2020 se resolvió el conflicto planteado; que fue solicitado recurso de anulación ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral; que al momento del despido del demandante, el conflicto colectivo entre el Sindicato de Famisanar y la entidad no había terminado; que el demandante se encuentra afiliado al Sindicato Sintrafamisanar; que a la fecha de terminación del vínculo contractual, el demandante contaba con 60 años de edad y por tanto ostentaba la calidad de prepensionado; que la demandada adeuda 180 días de salario como sanción por haberlo despedido; que a la fecha del despido el actor no devengaba pensión.



CONTESTACIÓN: La demandada, **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, el demandante debía cumplir con metas, las cuales fueron incumplidas y adicional a ello, su rendimiento laboral no fue el idóneo, por lo que, se dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa. Como medios **exceptivos** propuso los de, justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo, cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, pago, buena fe, prescripción, compensación (archivo 005 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 11 de agosto de 2021, resolvió; **absolver** a Famisanar de todas las pretensiones incoadas por el demandante; **condenó** en costas al demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...se absolverá a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, en primer lugar, porque acreditó que la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo razón por la cual no requería permiso de Ministerio de trabajo para finalización de finalizar el vínculo contractual y además de lo anterior por cuánto el demandante no acreditó su calidad pre pensionado...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que, a pesar de encontrarse acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1373 de 1966 por parte de Famisanar, no se tuvo en cuenta la emergencia sanitaria y sobre que presupuestos que la entidad utilizó para comparar las



condiciones y funciones asignadas al grupo de trabajo que pertenecía el trabajador, así como tampoco se demostró las capacitaciones o actualizaciones realizadas y áreas asignadas para desplegar las labores del demandante, que llevaron a la deficiente prestación del servicio del trabajador; que tampoco se tuvo en cuenta la edad del demandante, y consecuencia de ello, que no contaba con el capital suficiente para pensionarse en el RAIS, generándose la protección de prepensionado.

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 del **demandante**, solicita se revoque la sentencia, al estimar que, no fue posible cumplir las metas para los meses de mayo a julio de 2020, debido a la emergencia sanitaria declarada, que ninguna persona del grupo al que pertenecía el demandante alcanzó la meta establecida por la demandada.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones



legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si al momento de la desvinculación de MIGUEL ANGEL ROSERO SÁNCHEZ se encontraba resguardado por estabilidad laboral reforzada por fuero de prepensionado y, si con ocasión a ello, procede al reintegro laboral, dado que, las demás pretensiones no fueron objeto de debate, en el recurso de apelación.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la llamada a debate al contestar el *libelo introductorio*; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del contrato de trabajo a término fijo (fl. 33 y 54 del archivo 01 y 05 del expediente digital); otrosí a contrato de trabajo (fl. 38 del archivo 01 del expediente digital); acta de resultados del mes de mayo de 2020 (fl. 39 del archivo 01 del expediente digital); carta de presupuestos de julio 2020 (fl. 41 del archivo 01 del expediente digital); acta de resultados de julio de 2020 (fl. 45 del archivo 01 del expediente digital); carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 46 y 104 del archivo 01 y 05 del expediente digital); recurso de apelación impetrado contra la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo (fl. 51 y 110 del archivo 01 y 05 del expediente digital); copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 59 del archivo 01 del expediente digital); constancia de registro de Junta Directiva del Sindicato SINTRAFAMISANAR (fl. 60 del archivo 01 del expediente digital); certificado de vigencia de sindicato de la entidad (fl. 61 del archivo 01 del expediente digital); denuncia de laudo arbitral (fl. 62 del archivo 01 del

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



expediente digital); radicación pliego de peticiones (fl. 63 del archivo 01 del expediente digital); pliego de peticiones del año 2018 (fl. 64 del archivo 01 del expediente digital); acta final de arreglo directo (fl. 75 del archivo 01 del expediente digital); citación para continuación y agotamiento de etapa de arreglo directo (fl. 76 del archivo 01 del expediente digital); Resolución No. 5413 del 5 de diciembre de 2019 emitida por el Ministerio de Trabajo (fl. 77 del archivo 01 del expediente digital); certificado de afiliación del demandante a Sintrafamisanar (fl. 81 del archivo 01 del expediente digital); consulta de procesos realizado en la Rama Judicial (fl. 82 del archivo 01 del expediente digital); acta de asamblea celebrada por el sindicato (fl. 83 del archivo 01 del expediente digital); oficio allegando documentos para Tribunal de arbitramento (fl. 86 del archivo 01 del expediente digital); decisión del Tribunal de Arbitramento (fl. 87 del archivo 01 del expediente digital); cláusula adicional al contrato de trabajo suscrito entre las partes (fl. 62 del archivo 05 del expediente digital); formato de descripción de perfil del cargo del demandante (fl. 63 del archivo 05 del expediente digital); apertura de proceso de formulación de cargos y citación a diligencia de descargos (fl. 65 y 91 del archivo 05 del expediente digital); memorando No. 400 de mayo, junio y julio (fl. 69, 71 del archivo 05 del expediente digital); acta de seguimiento de metas y compromisos de junio, julio (fl. 70, 72 del archivo 05 del expediente digital); requerimiento al demandante por baja productividad (fl. 73 del archivo 05 del expediente digital); carta de presupuestos de mayo, junio y julio de 2020 (fl. 75, 82 y 84 del archivo 05 del expediente digital); acta de resultados mayo, junio y julio 2020 (fl. 77, 79, 87 del archivo 05 del expediente digital); acta de descargos (fl. 92 del archivo 05 del expediente digital); respuesta a apertura de procesos disciplinarios (fl. 96 del archivo 05 del expediente digital); correo remitido en julio y agosto de 2020 a la entidad (fl. 99 del archivo 05 del expediente digital); respuesta a apertura de proceso disciplinario (fl. 102 del archivo 05 del expediente digital); notificación carta de terminación del contrato con justa causa (fl. 109 del



archivo 05 del expediente digital); decisión respecto a recurso impetrado contra la decisión de dar por terminado el contrato y notificación de la decisión (fl. 120 y 142 del archivo 05 del expediente digital); liquidación de acreencias laborales (fl. 146 del archivo 05 del expediente digital); remisión de documentos por correo certificado al demandante (fl. 147 del archivo 05 del expediente digital); reglamento interno de trabajo de la EPS (fl. 156 del archivo 05 del expediente digital).

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - PREPENSIONADO

Procede esta Sala de Decisión a zanjar el reparo elevado por la parte convocante a juicio, no sin antes recordar que el fuero reclamado por ROSERO SÁNCHEZ, contrario a aquellos derivados de la Ley 361 de 1997 y la lectura que sobre el particular ha gestado la H. Corte Constitucional, no halla su sustento en el ámbito normativo o reglamentario, sino que su desarrollo ha sido generado y amplificado por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional al desplegar un paragón con aquella institución del retén social que cobija a los servidores públicos y a los particulares.

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

De suerte que, tal garantía constitucional ha sido avalada para aquellos prestadores del servicio que se encuentren ubicados dentro de la



ejecución de un contrato de trabajo y, les faltare tres o menos años para reunir los estipendios normativos para la causación de la pensión de jubilación o vejez, a saber, la edad y el tiempo de servicio o semanas de cotización, adjudicándole de esa manera el título de prepensionado, cuando la afiliación corresponde al Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones.

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

Es bajo tal marco de acción, que quien persiga de la Jurisdicción abrogarse los beneficios afirmando el título de prepensionado, deberá demostrar como presupuestos ineludibles el ser huérfano del requisito de edad y semanas para el estadio temporal de cese de labores, de manera coetánea, y que ello se presente cuando le faltare menos de 3 años para su acceso, circunstancia que contrario a lo referenciado por el profesional del derecho de la parte accionante, ha sido el estandarte para su procedibilidad aun antes de la fecha de despido sin justa causa, consumado en septiembre de 2020.



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

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

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

Al unísono en la misma providencia, se señaló que, “Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”.

Al unísono en sentencia T-385 de 2020, la H. Corte Constitucional señaló que, “Por otro lado, cabe resaltar que el alcance de la protección difiere para los trabajadores afiliados en el RAIS, puesto que el reconocimiento de la prestación no está sujeta a cumplir una edad determinada ni a completar un número de semanas, sino al ahorro de un capital determinado para financiar la satisfacción, según los términos suscritos entre el trabajador y la Administradora de Fondo de Pensiones”



En primer lugar, debe resaltar esta Sala de Decisión que los requisitos para ostentar la calidad de prepensionado, distan entre los afiliados al Régimen de Prima Media y los cotizantes al Régimen de Ahorro Individual, siendo para los primeros necesario acreditar que les hace falta 3 años o menos de cotización para adquirir el derecho a la pensión de vejez, ya que el requisito de la edad puede cumplirse con posterioridad, independientemente de encontrarse vinculado laboralmente o no.

Sin embargo, en el segundo evento, es decir, de los afiliados al RAIS, estos no deben cumplir con la edad, para adquirir el derecho a la pensión, sino que, deben acreditar que el capital ahorrado en su cuenta individual es suficiente para financiar la prestación.

Así las cosas, como quiera que del caudal probatorio recaudado en el decurso procesal se tiene que el demandante se encuentra afiliado a Protección Fondo de Pensiones y Cesantías (fl. 150 del archivo 05 del expediente digital), luego entonces, para ostentar la calidad de prepensionado en el Régimen de Ahorro Individual se debía acreditar el capital u ahorro con el cual contaba a la fecha de la terminación del vínculo laboral, para de esta manera determinar la densidad de aportes que le pudieron llegar a faltar para obtener el reconocimiento pensonal, situación, que como bien lo determinó la juez de conocimiento, no fue acreditado por la parte actora.

Finalmente, y no menos importante, debe aclararse que para la fecha de terminación del vínculo contractual el demandante contaba con 59 años de edad y no con 60 como erradamente lo señala en la alzada la apoderada.

Dimanado en que la decisión del *A quo* no merece reproche alguno, al estar respaldada por las determinaciones jurisprudenciales que le dan sustento, conllevando a su confirmación.



TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En lo tocante a la terminación del contrato de trabajo, objeto de reproche por la parte actora en la alzada, debe precisar esta Sala de Decisión, que en el sub judice la juez de conocimiento abordó este tema, para establecer que la causal de terminación del contrato obedecía a una razón o causa objetiva, dado que el trabajador estaba alegando una estabilidad laboral por ser prepensionado.

Pese a lo anterior, estima esta Colegiatura que, entrar a debatir la causal de terminación del proceso, no era viable, dado que, este tema ha sido objeto de estudio por la jurisprudencia, en forma exclusiva para personas que tienen fuero de salud y en el presente asunto, tal situación no se presenta ni fue alegada.

COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo del demandante, Miguel Ángel Rosero Sánchez y a favor de Entidad Promotora de Salud - Famisanar S.A.S, dadas las resultas del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPE - RIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 11 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MIGUEL ANGEL ROSERO SÁNCHEZ** contra **ENTIDAD PROMOTORA DE**



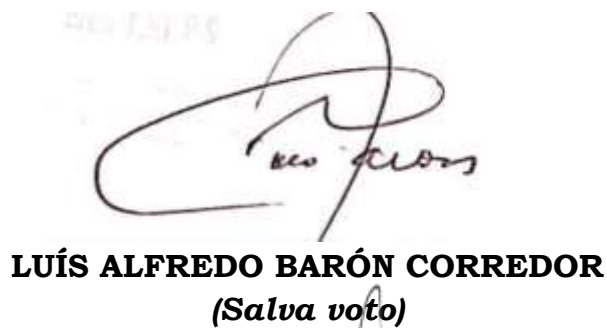
SALUD FAMISANAR S.A.S., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS: En esta segunda instancia se impone costas a cargo del demandante.

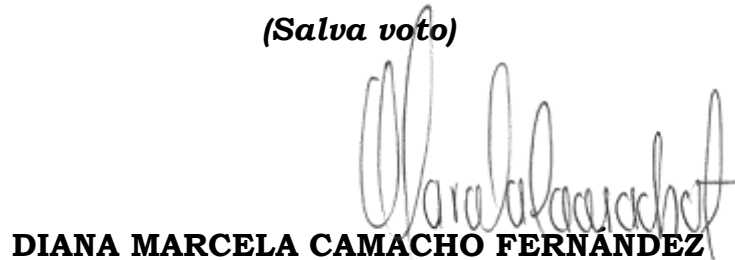
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
(Salva voto)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de MIGUEL ÁNGEL ROSERO SÁNCHEZ y a favor de ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', is written over a light blue circular stamp.

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 **LUIS LORENZO RIVAS DÍAZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jennifer Ximena Lugo Rojas** identificada con cedula

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»



de ciudadanía No. 36.311.956 de Neiva y tarjeta profesional 283.299 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: El señor **LUIS LORENZO RIVAS DÍAZ** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Protección, al igual que la afiliación realizada con posterioridad a la AFP Porvenir, por omisión en el deber de información, y que su vinculación al RPM permaneció incólume estando llamada a surtir todos sus efectos; como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones a inscribir sin solución de continuidad su afiliación en el RPM; se condene a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 4 a 5 archivo 01 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 10 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que el demandante nació el 8 de septiembre de 1957; que cotizó al otrora ISS desde el 28 de agosto de 1976 y en el mes de marzo de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., acto jurídico que se perfeccionó sin recibir la información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada, pues el asesor comercial que lo abordó en su lugar de trabajo, la empresa Tobysold Montajes Ltda., no conocía su situación pensional real, al no advertirle las condiciones para pensión en el RPM, en donde ya había cotizado el 63% de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las semanas exigidas por la ley. Que el respectivo promotor le indicó que el RPM era un sistema inviable y por ende, se encontraba en la incapacidad de garantizarle su prestación de vejez, a más que su pensión en el RAIS sería superior, gracias a la rentabilidad de sus aportes, empero nada le indicó sobre cómo operaba financieramente la nueva administradora de fondos de pensiones, ni la existencia de diferentes modalidades de pensión, las consecuencias de la negociación anticipada del bono pensional, o las ventajas del RPM y desventajas del RAIS. Que en marzo del año 2000 se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, sin recibir la información necesaria para el efecto, por parte del asesor comercial que estuvo presente en el lugar de trabajo ubicado en la Sierra Antioquia. Refiere que agotó la respectiva reclamación administrativa ante Colpensiones el 27 de agosto de 2019, misma que fue resuelta por la entidad en sentido desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, el traslado a PROTECCIÓN goza de completa validez pues se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado; por tanto, las afiliaciones subsiguientes igualmente gozan de completa validez, más aún cuando Porvenir S.A. brindó información veraz, completa y oportuna mediante la cual el actor adoptó una decisión libre y voluntaria de trasladarse de manera horizontal. En cuanto a la omisión de la información, aclara que la misma jamás se presentó, toda vez que en cuanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, se le manifestó al demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitan obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 1 a 33 archivo 01 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, por considerar en síntesis que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como emana del formulario de vinculación que suscribió el señor LUIS LORENZO RIVAS DÍAZ, al realizarse en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Agrega que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente. Aduce que no es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga ineficaz o nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2015, normatividad exequible a la fecha. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buen fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General Pensiones, reconocimiento e restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 1 a 24 archivo 04 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (carpeta 06 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 20 de octubre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS por intermedio de Protección S.A. y posterior traslado efectuado entre administradoras; **condenar** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; **condenar** a Protección S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, por el tiempo que estuvo afiliado en dicha entidad; **condenar** a Colpensiones tener como válidamente afiliado al actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de Protección y Porvenir; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Protección S.A. (Archivo 13 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste,



que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que el precedente de la Corte Suprema de Justicia, no resulta aplicable al caso de autos, toda vez que versa sobre situaciones fácticas diversas a las aquí planteadas, en tanto el demandante no era beneficiario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima; tampoco se probó la concurrencia de vicios del consentimiento de conformidad con los artículos 1508, 1509, 1510 y 1740 del C.C. Indica que el traslado del actor se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual ratificó en la suscripción de los distintos formularios de afiliación. Solicita que se de aplicación al artículo 167 del CGP, y finalmente, en caso de ratificarse la condena impuesta, se garantice la devolución íntegra de la cotización, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, sin descuento alguno, junto con la respectiva indexación, confirmando la decisión mediante la cual no se le condenó en costas, por tratarse de un tercero ajeno al acto jurídico de traslado.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que los gastos de administración y comisiones que ordenó devolver el Juzgado de Conocimiento, son cobrados por virtud de una disposición legal, válida, aplicable y vigente, acotando que las comisiones ya fueron pagadas y causadas ante la administración de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor. Acota que su devolución implicaría la no entrega de los rendimientos financieros causados a nombre del convocante,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que además ya fueron enviados a la AFP Porvenir cuando este hizo el traslado horizontal a esta administradora de pensiones. Refiere que la nulidad o ineficacia de traslado implica como consecuencia retrotraer las cosas al estado anterior, por manera que solo se debe trasladar los aportes que reposan en las cuentas de ahorro individual, excluyendo los rendimientos causados, al generarse estos únicamente en el RAIS, por mandato legal. Indica que la prima de seguro previsional ya fue girada a la aseguradora correspondiente para que asumiera la cobertura de los riesgos de muerte o invalidez, todo ello durante todo el tiempo de afiliación del demandante, por manera que la AFP se encuentra en imposibilidad de solicitar la devolución de tales dineros, porque la compañía de seguros es un tercero de buena, ajeno al contrato celebrado entre Protección y el demandante.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, para la fecha en que se realizó el traslado al RAIS e incluso a la AFP Porvenir, no era posible exigir un deber de información con los detalles que ha exigido la Corte Suprema de Justicia, porque para esa época no se encontraban vigentes en la ley, a más que la propia Corporación refirió que esa obligación es producto de una evolución por etapas, en donde la primera de ellas no implica la realización de proyecciones pensionales, ni desincentivar o desestimular al potencial afiliado para pertenecer al RAIS y regresar al RPM, porque ello implicaría una conducta de discriminación, al tener que escoger qué tipo de afiliado podía acceder a su portafolio de servicio, lo cual no es admisible a la luz del artículo 102 de la Ley 100 de 1993, ni de las normas del estatuto financiero, lo que por demás desconocería el derecho a la seguridad social del afiliado, si no estaba en curso en las prohibiciones establecidas en la ley. Añade que pese a existir libertad probatoria, es imposible acreditar el deber de información exigido, porque pese a que se practicó interrogatorio de parte, en el cual el actor recordó con claridad la fecha en que se realizó el traslado y el nombre de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

empresa en la que se encontraba laborando, en todo caso no dio cuenta de todo lo sucedido en tal momento, toda vez que indico no recordar las circunstancias en las que se llevó a cabo ese traslado. Señala que no se acredita la vulneración a la libertad de selección de régimen porque el demandante, no dio cuenta de la persona que generó el tipo de presiones o la coacción que lo llevó a efectuar la vinculación inicial al RAIS como a la AFP Porvenir, por manera que no se cumplen los presupuestos del artículo 271 de la Ley 100, para dejar sin efectos tal afiliación. Manifiesta que no es dable exigirle la devolución de las sumas que descontó por concepto de gastos de administración y primas previsionales, como quiera que el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación de restar esos dineros, a efectos de hacer posible la rentabilidad de los aportes cotizados por el afiliado y a su vez, se aseguran los riesgos de invalidez y muerte. En ese orden, refiere que obligar a la AFP a retrotraer esos gastos genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones al beneficiarse de los mismos pese a no tener afiliado al actor, y al sacar rédito de unos rendimientos que no gestionó, obteniendo así, un capital mayor al requerido para financiar la pensión de vejez.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo solicita la confirmación del fallo opugnado, destacando para el efecto que la AFP PROTECCIÓN S.A. no acompañó un solo elemento probatorio que acrediten la capacitación y formación que le brindaron a sus asesores de ventas en 1996, evaluaciones a los vendedores, así como tampoco la asesoría dada al demandante, es decir, no se cumple con la carga de prueba que impone el artículo 167 del CGP, lo cual decanta en la ineficacia del traslado conforme al reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, manifiesta en síntesis que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante contaba con 63 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Añade que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en marzo de 1996 según se desprende de la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del año 2000 y presentó su demanda hasta el año de 2021, habiendo transcurrido más de 21 años.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente, lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que esta tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, 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. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, 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.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 24. 26 del archivo 01 del



expediente digital y frente a la cual, la entidad resolvió en forma negativa el 19 de septiembre de 2019 (fls. 27 a 29 archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LUIS LORENZO RIVAS DÍAZ al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, reclamación administrativa elevada ante Colpensiones y su respuesta (fls. 24 a 29 archivo 01), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 309 a 36 archivo 01 y fls. 64 a 69 archivo 10), derecho de petición elevado ante la AFP Porvenir y su respuesta (fls. 37 a 43 archivo 01 y fls. 71 a 74 archivo 05), formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 44 archivo 01 y fls. 43 a 44 archivo 03), historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir (fls. 45 a 59 archivo 01 y fls. 45 a 59 y 61 a 69 archivo 05), derecho de petición elevado ante la AFP Protección y su respuesta (fls. 60 a 64 archivo 01 y fls. 32 a 34 archivo 04), formulario de afiliación a la AFP Protección (fl. 64 vuelto archivo 01 y fls. 31 y 35 archivo 04), derecho de petición elevado ante Colfondos S.A. y comunicación de no afiliación expedida por tal sociedad (fls. 71 a 72 archivo 01), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 34 a 36 archivo 03 y fls. 29 a 30 archivo 04), historia laboral para bono pensional (fls. 37 a 42 archivo 03), certificación de afiliación emitida por la AFP Porvenir (fl. 60 archivo 03), concepto de traslado de recursos entre regímenes datado 15 de enero de 2020 (fls. a 102 archivo 03), comunicados de prensa (fls. 103 a 105 archivo 03 y fls. 44 a 47 archivo 04), constancia de traslado de aportes emitido por la AFP Protección (fls. 26 archivo 04), estado de cuenta del demandante, expedida por la AFP Protección (fls. 27 a 28), políticas de asesor para vincular a personas naturales y concepto emitido por Superintendencia Financiera (fls. 37 a 43 archivo 04), expediente administrativo (carpeta 06), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 13).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201900722 01

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201900722 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201900722 01

cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201900722 01

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 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

27201900722 01

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201900722 01

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.



27201900722 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 28 de agosto de 1976 hasta el 31 de marzo de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Carpeta 06 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Protección S.A. el 8 de marzo de 1996 (fl. 64 vuelto archivo 01 del expediente digital); igualmente, el 26 de marzo de 2000, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. como da cuenta el formulario de afiliación militante a folio 48 archivo 01 del expediente digital, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación adosada a folio 60 archivo 03 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 64 vuelto archivo 01 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que firmó el formato de afiliación a Protección en blanco y sin leerlo, no le brindaron ninguna información y que para esa época solo escuchaba que el ISS sería liquidado. Que se afilió a Porvenir porque así se lo requirieron en su nuevo trabajo en la Sierra Antioquia (Audio 13 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante la profesión u oficio del demandante, ora si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones y Porvenir S.A., pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte



que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 las AFP apelantes, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas; devolución que efectivamente debe efectuarse con la debida indexación, atendiendo el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como lo peticiona Colpensiones en su alzada, por lo que se adicionará la sentencia en este aspecto.

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

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 20 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar a Colpensiones las sumas definidas por Juzgado de Conocimiento en los numerales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

segundo y tercero de la sentencia de primer grado, debidamente indexadas a la fecha del traslado, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27201900722 01

30

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., a la AFP Porvenir S.A. y a 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 **GUSTAVO PRADA MEDINA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor GUSTAVO PRADA MEDINA solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir el 30 de noviembre de 1999, por faltas en el deber de información.

Como consecuencia de lo anterior se declare que nunca estuvo afiliado a Porvenir y queda afiliado a Colpensiones, quien debe recibir a la demandante en el RPM; que Porvenir debe trasladar los valores recibidos en la cuenta individual de la demandante; se ordene el pago de costas y agencias en derecho y demás derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 6 del expediente digital (archivo 01 demanda) las diligencias, que en síntesis advierten, que se trasladó a Porvenir en noviembre de 1999; que la información suministrada por el asesor de Porvenir fue muy limitada; que se incurrió en engaño para que el afiliado se trasladara de régimen; que radicó petición ante Colpensiones y Porvenir y estas fueron resueltas en forma desfavorable; que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales en febrero de 1979; que cuenta con más de 1250 semanas de cotización.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, el traslado de régimen efectuado por el demandante fue libre, sin que existiera ningún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso las de, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de



condena en costas, declaratoria de otras excepciones (Archivo 09 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que, la entidad le brindó una asesoría en forma idónea y el traslado de régimen obedeció a una decisión libre e informada del actor. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 014 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz la afiliación realizada por el demandante a Porvenir y consecuencia de ello, **declaró** que el traslado nunca se había materializado; **ordenó** a Porvenir devolver a Colpensiones los valores recibidos durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en dicha entidad; **ordenó** a Colpensiones recibir los dineros provenientes del RAIS; **se abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Solamente mencionándole una o dos ventajas de este régimen, no puede considerarse que se cumple con ese deber de información, así es que en el caso particular y sin mayores argumentaciones, dado que no obra prueba alguna que demuestre que se cumplió con el mismo, pues el despacho deberá dar aplicación a la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en este caso, ordenar o declarar la ineficacia del traslado del señor demandante...”



RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpone recurso de apelación en lo tocante en la no condena en costas a las demandadas, conforme a lo dispuesto en el Código General del Proceso.

El apoderado de **Colpensiones**, interpone recurso de apelación parcial, en lo tocante al numeral segundo de la sentencia, al estimar que se debe condenar a la devolución de gastos de administración generados a favor del demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, a través de su apoderado judicial señala que, no le fue brindada una asesoría idónea al momento de efectuar su traslado de régimen y adicional a ello, reclama se modifique la sentencia, en cuanto a la imposición de costas.

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 en el folio 33 del expediente digital (archivo 01 de la demanda) y en el cual se señala como fecha de reclamación el 15 de octubre de 2020 y la cual fuere resuelta en forma desfavorable en la misma data por la entidad (fl. 37 del archivo 001 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte actora y Colpensiones en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por el señor Gustavo Prada Medina al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación



se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 19 archivo 01 expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 20 archivo 01 expediente digital); derecho de petición incoado ante Porvenir y Colpensiones (fl. 21 y 33 archivo 01 expediente digital); respuesta de Porvenir y Colpensiones a derecho de petición (fl. 22 y 37 archivo 01 expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 23 archivo 01 y 27 del archivo 014 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 31 archivo 01 expediente digital); solicitud de declaratoria de ineficacia del traslado (fl. 41 archivo 01 expediente digital); respuesta de Porvenir frente a la ineficacia de traslado (fl. 43 archivo 01 expediente digital); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 010 del expediente digital); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 33 archivo 014 expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 47 archivo 014 expediente digital).

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de



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

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

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

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

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

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

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

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan



a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.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 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:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y 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 7 de febrero de 1979 al 31 de mayo de 1995, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo allegado por Colpensiones², para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 30 de noviembre de 1999, fondo, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que su traslado se efectuó a *“finales del año 99 un asesor de Porvenir y pues esto es una empresa donde estábamos haciendo un montaje en ese entonces y pues nos reunió en una sala a un grupo de personas que estábamos ahí, de 10 personas, 12 personas creo, y la información que nos decían ellos, era que venían de parte de Porvenir y nos invitaban a que nos trasladáramos a este fondo, lo que nos vendieron era que con este fondo íbamos a tener mejor futuro, que nos íbamos a pensionar pues más jóvenes y con una pensión*

² Archivo 010 Expediente Administrativo – Carpeta Historia Laboral



más alta, además nos aseguraron que el ISS se iba, pues, a acabar, y que no había otra entidad que la reemplazara y que además para poder recuperar todas las cotizaciones con el Seguro Social obligatoriamente teníamos que afiliarnos con ellos”

Que no lo ilustraron en lo tocante a, cuáles eran los requisitos para acceder a una pensión en el Régimen de Ahorro Individual, tampoco le hablaron de un bono pensional.

A pesar de haber rubricado el formulario de afiliación en forma voluntaria, se siente *“herido, a mi buena conducta porque yo confié en el fondo plenamente, con lo que me dijeron inicialmente, yo pensé que me iba a, que mi futuro iba a ser mucho mejor”, agregando que, “me enteré que todo lo que prometió el fondo era mentiras y me acerque a la oficina de Porvenir para que me aseguraran, me dijeran que si yo me iba a pensionar antes y de cuánto era mi pensión y que sorpresa cuando me dijeron que no, que tenía que esperar lo de ley, los 62 años y que mi pensión iba a ser de un salario mínimo, yo me siento estafado por esta empresa”*

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues, como bien lo señaló la juzgadora de primera instancia, el hecho de indicársele dos características de dicho régimen, esto no se puede tenerse como una información idónea y completa para tomar la decisión de traslado, por lo que, del interrogatorio rendido por el demandante, no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa



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

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante, pero no ordenó la devolución de los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por el apoderado de Colpensiones, al considerar que estos conceptos al declararse la ineficacia de traslado deben trasladarse también a la entidad del RPM.

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.»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*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, le asiste razón al apoderado de Colpensiones al censurar la no condena por gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

Así las cosas, se adicionará la sentencia de primera instancia en lo atinente a ordenar la devolución de los gastos de administración generados a favor del demandante, durante el interregno de tiempo que estuvo afiliado a Porvenir.



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.

El promotor litigioso, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la no imposición de costas declarada por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado se abstuvo de imponer condena en costas, contrariándose lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas se revocará el numeral cuarto de la sentencia objeto de reproche, y consecuencia de ello, se ordenará al juez de conocimiento proceda a fijar las costas y agencias en derecho causadas en la instancia, conforme a lo dispuesto en el estatuto procesal.

En esta instancia no se impondrá condena en costas, dada la prosperidad de los recursos de alzada impetrados por las partes.



En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral “4” de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 28 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GUSTAVO PRADA MEDINA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas, **COLPENSIONES y PORVENIR S.A**, a pagar las costas y agencias en derecho causadas en primera instancia.

SEGUNDO ADICIONAR la sentencia objeto de reproche, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los gastos de administración generados durante el interregno de tiempo que estuvo **GUSTAVO PRADA MEDINA** afiliado a dicha entidad.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia sin costas, dada la prosperidad de los recursos de 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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MANUEL CARRERO BUENO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 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»



AUTO

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al abogado, Gustavo Enrique Martínez González, identificado con C.C. No. 1.014.196.194 de Bogotá y portador de la T. P. No. 276.516 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía electrónica.

SENTENCIA

DEMANDA: El señor MANUEL CARRERO BUENO solicita se reconozca y pague la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Como consecuencia de lo anterior se condene al pago de la pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2012, intereses moratorios e indexen las mesadas pensionales; se ordene el pago de costas y agencias en derecho; se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 19 de agosto de 1950; que se afilió al Seguro Social en diciembre de 1973; que el 7 de junio de 2013 solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y mediante Resolución 184497 del 17 de julio de 2013, Colpensiones la reconoció; que contra el acto administrativo se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos en forma desfavorable al afiliado; que en noviembre de 2013 el Instituto de Seguros Sociales profirió mandamiento de pago contra la empresa “MÓNICA



FLOTERIA LTDA”; que mediante Resolución No. 0420 del 2004 la Dirección Jurídica Seccional Cundinamarca declaró terminado el proceso de jurisdicción coactivo por pago de la obligación; que es beneficiario del régimen de transición, que le fueron cotizados tiempos del 1° de agosto a diciembre de 1995 por parte de la empresa Mónica Florería; que su empleador no cotizó desde enero de 1996 a septiembre de 1999; que al 30 de junio de 2012 contaba con 835,⁴³ semanas; que sumado el tiempo cotizado con el tiempo que falta por cotizar alcanzaría un total de 1028,28 semanas; que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el demandante contaba con 852,⁵⁶ semanas; que la empresa empleadora actualmente se encuentra liquidada.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, el demandante no cumple con los requisitos legales para el reconocimiento pensional bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, por otro lado, señala que la entidad reconoció indemnización sustitutiva al afiliado. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, principio de la buena fe y la innominada o genérica (fl. 71).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 19 de octubre de 2021, resolvió; **negar** en su totalidad las pretensiones de la demanda; **declaró** probadas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la sentencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...Del material probatorio aportado por el demandante que se indica es estrictamente documental no se evidencia ningún elemento que permita señalar que, en el tiempo comprendido entre enero de 1996 a septiembre de 1999, estuvo vigente la relación laboral pues del compendio presentado en el dossier inicial no obra certificaciones laborales o cualquier otro escrito que informe en esta sede judicial la existencia del vínculo de trabajo con el empleador Mónica Florería limitada...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que, si bien no existe certificación del tiempo laborado en “Mónica Florería”, sin embargo, con acto administrativo Colpensiones indicó que la empleadora se encontraba en mora por los períodos de enero de 1996 a septiembre de 1999 y por ello, se colige que al existir una deuda también existió una relación laboral entre las partes; que hasta el 30 de junio de 2012 el demandante contaba 1028 semanas y a entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 este contaba con 852 semanas, que le permiten acceder al régimen de transición e intereses moratorios.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de **Colpensiones**, reclama se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas en el libelo genitor, al estimar que, el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al habersele reconocido una indemnización sustitutiva, mediante acto administrativo emitido en el año 2013; que en dado que se reconozca la prestación reclamada, el demandante perdió el régimen de transición, ya que este no podía extenderse más allá, del 31 de diciembre de 2014.



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

CONSIDERACIONES

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de las facultades legales consagradas en el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver, si le asiste derecho a la demandante a que le sean tenidos en cuenta los periodos laborados y no cotizados por quien aduce, fue su empleador, a efectos de la construcción del derecho pensional, durante el interregno del 1 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999.

De resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si le asiste derecho al accionante a que la demandada le reconozca y pague la pensión de vejez, en aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda.

DE LA MORA EN EL PAGO DE APORTES AL SISTEMA

Afirma la parte demandante que prestó sus servicios a favor de Mónica Florería Ltda., desde el 1 de agosto de 1995 hasta el 30 de septiembre año de 1999, sin embargo, entre enero de 1996 y el 30 de septiembre de 1999 (hecho 3.19), su empleadora no efectuó el pago de aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones.



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

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

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene, que el demandante alude la falta de cotizaciones por parte de su empleadora Mónica Florería Ltda a quien les prestó su fuerza de trabajo, por lo que, esta Sala de Decisión procedió a revisar el expediente administrativo – (fl. 87, medio magnetofónico), encontrando las afiliaciones efectuadas a nombre de la demandante antes de diciembre de 1994 y en la historia laboral (Archivo HL-2013_236876-1373405299130), los reportes de empleadores relacionados en la historia laboral durante su afiliación al sistema de seguridad social, a la actualidad, así:



Nombre de Empresa	Fecha Ingreso	Fecha Retiro
Andam y Equip Intra	3-12-1973	23-01-1976
Cervecería del Litor	29-01-1976	29-02-1976
Coopfebor Ltda	18-06-1976	04-09-1978
Legis S.A.	02-11-1978	17-08-1981
Carrera Bueno Ernest	01-10-1982	29-02-1984
Servifast Ltda.	20-02-1990	06-08-1993
Mónica Florería Ltda.	01-08-1995	31-12-1996
Mónica Florería Ltda.	01-01-1997	31-12-1997
Mónica Florería Ltda.	01-01-1998	31-12-1998
Mónica Florería Ltda.	01-01-1999	30-09-1999
Manuel Carrero Buen	01-09-2007	31-01-2008
Manuel Carrero Buen	01-02-2008	31-01-2009
Manuel Carrero Buen	01-11-2008	31-01-2009
Manuel Carrero Buen	01-02-2009	30-09-2009
Carrero Bueno Manuel	01-11-2009	31-01-2010
Carrero Bueno Manuel	01-02-2010	28-02-2010
Carrero Bueno Manuel	01-04-2010	30-04-2010
Carrero Bueno Manuel	01-06-2010	31-01-2011
Carrero Bueno Manuel	01-03-2011	31-03-2011
Carrero Bueno Manuel	01-07-2011	31-08-2011
Carrero Bueno Manuel	01-10-2011	30-11-2011
Carrero Bueno Manuel	01-01-2012	31-01-2012
Carrero Bueno Manuel	01-06-2012	30-06-2012

Ahora bien, no pasa inadvertido esta colegiatura, que el demandante, con el libelo introductor, no allegó certificación laboral alguna que acredite el tiempo laborado en Mónica Florería Ltda.

Consecuencia de lo anterior, se procedió a valorar uno a uno los elementos probatorios recaudados en el proceso, encontrando que, efectivamente, el extinto Instituto de Seguros Sociales el 11 de noviembre de 2003 libró orden de pago contra Mónica Florería Ltda., por valor de \$13.299.916, “con base en los formularios de autoliquidaciones u otros informes y documentos presentados por la ejecutada, en relación con las novedades de personas y el ingreso base de cotización de cada trabajador, de esta forma se determinó la deuda real...” (fl. 61).



En dicha oportunidad el Instituto de Seguros Sociales, concedió a la ejecutada el término de 12 meses para saldar la deuda contraída con corte al 30 de diciembre de 2003.

Ya que las partes en contienda llegaron a un acuerdo de pago, se declaró terminado el proceso de jurisdicción coactiva y se ordenó el archivo del expediente el 3 de febrero de 2004, mediante Resolución No. 0420, en la que señala en forma expresa que la liquidación de la obligación, correspondía *“con corte para capital e intereses el 30 de Diciembre de 2003”*.

Posteriormente, la deuda liquidada al año 2003, fue reliquidada, en el año 2004, *“Que la ejecutada, solicitó a la empresa asesora NORMALIZAR PAÍS, la reliquidación de la deuda total con corte para capital e intereses a 16 de Enero de 2004”*, agregándose en este punto que *“con base en ello la ejecutada anticipó el pago de la obligación de aportes patrono – laborales con el ISS, tal y como se refleja en las fotocopias de pagos de los formularios de autoliquidación, así como la cancelación total de las costas procesales”* (fl. 61).

Ahora bien, a pesar de haberse recolectado copia del resumen de autoliquidación efectuado, y el cual fue pilar para declararse la terminación del proceso por pago total de la obligación, no se acopió el detalle o nombre de los trabajadores objeto de corrección o pago por parte de la empleadora, para dicha calenda.

Por otro lado, reposa en el expediente administrativo acopiado por Colpensiones en el archivo GJR-NOT-AF-2014_2862182-20140411073521, copia del Certificado de Existencia y Representación legal de la empresa Mónica Florería Ltda., quien para el año 2014, se encontraba en proceso de liquidación.



En el aludido documento se indicó que “*LA SOCIEDAD SE HALLA DISUELTA POR VENCIMIENTO DEL TERMINO DE DURACIÓN, Y EN CONSECUENCIA, SE ENCUENTRA EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN A PARTIR DEL 20 DE MAYO DE 2010*”²

Ahora bien, el demandante presentó solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva el 7 de junio de 2013, la cual fue reconocida mediante Resolución GNR 184497 del 17 de julio de la misma calenda (fl. 49), sin embargo, contra el aludido acto administrativo se interpuso recurso de reposición y subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos en forma desfavorable al peticionario³.

Durante el interregno de tiempo, en que estaba pendiente la resolución de los recursos incoados el actor solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral, en lo tocante a los tiempos laborados con Mónica Florería Ltda., del año 1995 a septiembre de 1999 y la entidad con oficio SEM-264431 del 30 de septiembre de 2014, le indicó,

“Con relación a los ciclos 1995/01 a 1995/07 y 1996/01 a 1999/09 y según la información de los soportes suministrados, no se evidencia pago en estos ciclos a su nombre; sin embargo y en atención a solicitud referente a validación y cargue de los ciclos 1996/01 a 1999/09 con el empleador MONICA FLORERIA LTDA, nos permitimos informar que una vez verificadas nuestras bases de datos, no se evidencia pago efectuado por dicho empleador para tales ciclos, razón por la cual no se contabilizan en su historia laboral. Es de aclarar que al respecto, es posible que se haya dado el pago por parte del empleador, pero que el mismo presente inconsistencias como error en los datos o falta del detalle respecto de los afiliados sobre los cuales se efectuó el pago, y en tal sentido nuestro sistema no registra la aplicación de los mismos, mostrándolos como deuda, pues de igual forma deben ser aclarados por el empleador. Por lo anterior y de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, hemos requerido al empleador el pago o aclaración de los ciclos pendientes, sin embargo si usted cuenta con soportes probatorios que nos ayuden a identificar el posible

² Folio 15 y 16 del archivo GJR-NOT-AF-2014_2862182-20140411073521, del expediente administrativo.

³ Folio 53 y 58



origen de los pagos o de la inconsistencia presentada, agradecemos hacerlos llegar a través de uno de nuestros puntos de atención, con lo cual podremos efectuar validaciones adicionales, tendientes a esclarecer la falta de dichos pagos” (Archivo 2014_6337352 del expediente administrativo).

En tal virtud, y en aplicación a las reglas de la sana critica prevista en el artículo 173 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., y los artículos 60 y 61 del Compendio Adjetivo Laboral, es que, para ésta Sala, no se logró acreditar por parte del promotor del juicio la existencia del vínculo laboral que la ató con la empresa Mónica Floristería Ltda., dentro de los extremos temporales allí enunciados (1 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999), pues se itera, la documental con la cual se pretendió demostrar tal vinculación, no ostenta la virtualidad de acreditar la prestación efectiva del servicio para con la citada sociedad.

Aunado a lo anterior, de la historia laboral pluricitada, se tiene como efectivamente cotizados los tiempos del 1 de agosto de 1995 al 31 de diciembre de la misma anualidad y en cero, lo tocante al periodo del 1 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999, interregnos de tiempo, se itera, fueron objeto de reclamación y pago a favor del Instituto de Seguros Sociales por parte de Mónica Floristería Ltda., y de los cuales no se logra extraer que el demandante hubiere laborado en la empresa.

Aspecto que fue objeto de reciente pronunciamiento por la Alta Corporación en sentencia SL 5691 del 1 de diciembre de 2021, con ponencia del Doctor, Gerardo Botero Zuluaga, se indicó que,

“...Al efecto, lo primero que debe advertirse, es que si bien esta Sala de la Corte ha sostenido que «las cotizaciones de un asegurado al sistema, se generan con ocasión de la prestación efectiva del servicio » de manera que, para que pudiera hablarse de mora patronal, «se requería la existencia de una relación laboral que así la genere, por lo que no puede el operador judicial endilgarle a la administradora de pensiones una responsabilidad automática ante los reportes de falta de pago por



parte del empleador reflejados en la historia laboral», también ha precisado que, «cuando se ostentan serias dudas acerca de la validez de ciertos períodos, ya sea, por ejemplo, porque existen novedades o inconsistencias en la historia laboral tales como: la falta de afiliación o de retiro, el no registro de la relación laboral o porque no esté muy clara la continuidad o permanencia del afiliado» como es lo que acontece en el presente asunto, «resulta necesario exigir la prueba de la existencia de una relación laboral que le dé soporte efectivo a dichas cotizaciones, aun cuando se registra afiliación pero se registra mora del empleador, para así evitar fraudes al sistema de seguridad social». (CSJ SL3285-2021), debiéndose advertir, que tal y como se resaltó en la sentencia antes citada...

A la anterior conclusión llegó el alto tribunal con el fin de no imponerse a las administradoras de pensiones cargas injustificadas, en lo tocante a la falta de cotización por parte de los afiliados, o el reporte de retiro del sistema de seguridad social en pensiones, y en caso de existir dicha duda, debe ser el trabajador, quien acredite su permanencia en la empresa, para la que señala prestó sus servicios, en el sub examine, Mónica Florería Ltda.

Luego entonces, el solo hecho que aparezca el demandante afiliado como trabajador de Mónica Floristería Ltda., durante el interregno del año 1995 a 1999, no conlleva en forma indefectible la existencia de una relación laboral entre las partes, por lo que, tal situación debía ser acreditada por el demandante, en el trámite procesal a través de los diferentes medios probatorios a su alcance.

Ante el panorama señalado, debe esta Sala de Decisión, confirmar la decisión adoptada en primera instancia y dado que los demás puntos objeto de reproche, devenían de la prosperidad del reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, la Sala se ve relevada de su estudio.

COSTAS. En esta segunda, las mismas estarán a cargo de la parte demandante dadas las resultados del recurso de alzada.



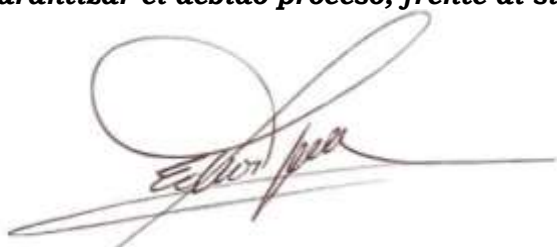
En mérito a lo expuesto la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

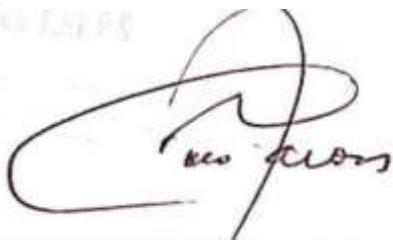
PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 19 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MANUEL CARRERO BUENO** contra **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: COSTAS. Se condena en costas al demandante y a favor de 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.

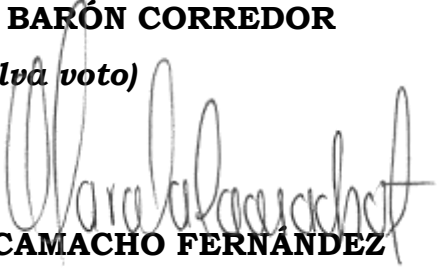


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

(Salva voto)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante y a favor de COLPENSIONES en la suma de \$200.000 pesos moneda corriente.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201100085 03

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RÓMULO PERDOMO BONELLS** CONTRA **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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

33201100085 03

2

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **RÓMULO PERDOMO BONELLS** actuando en causa propia, solicita se declare la invalidez, ineficacia o nulidad de su despido, y en consecuencia, se ordene a la ETB S.A. E.S.P. reintegrarlo al cargo que venía desempeñado o a uno diferente, de igual o mayor categoría para, lo cual deberá capacitarlo y entrenarlo, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, con los aumentos legales y extralegales, hasta que se restablezca su relación de trabajo. De manera subsidiaria, persigue la nivelación salarial U19S como profesional V desde la fecha de ingreso hasta el día anterior a su ascenso como Profesional VI o al nivel salarial superior de los Profesionales V, al igual que al nivel salarial U20 desde la fecha en que fue ascendido a Profesional VI o al nivel superior de los Profesionales VI, hasta que se perfeccione su reintegro, junto con el pago de las deferencias salariales y prestacionales, incluidas las primas, vacaciones, primas de vacaciones, además de la indexación. En subsidio de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios causados por la terminación de su contrato de trabajo, estimados en 100 SMLMV. (folios 1 a 3 y 77 a 79).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 7, 70 a 71 y 79 de las diligencias, que en síntesis refieren que ingresó a laborar a favor de la demandada el 3 de junio de 1998, por virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual se ejecutó hasta el 20 de septiembre de 2004, al ser despedido sin justa causa por la encartada. Que al inicio de sus labores ostentaba el título de Abogado y de Especialista en Régimen Contractual Internacional, además, comenzó desempeñando el cargo de Profesional V en la Dirección de Relación con Operadores, adscrita a la Vicepresidencia Comercial. Refiere que en el año 2003, la demandada ofreció a sus trabajadores un plan de retiro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201100085 03

3

voluntario, al cual se acogió, no obstante, ello no se formalizó y continuó laborando hasta la fecha en que fue despedido. Añade que en el año 2004, la accionada emprendió la tarea de reorganizar, reestructurar algunas áreas y reducir su planta de personal, igualmente, ofreció a sus empleados acogerse a salario integral, lo cual fue aceptado por muchos Profesionales V y VI, a quienes se les denominó especialistas. Que respecto a la Dirección de Relación con Operadores, se eliminaron varios cargos, entre los cuales se encontraba el que él desempeñaba bajo la denominación de Profesional VI. Señala que de acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003 suscrita entre la accionada y la organización sindical Sintrateléfonos, vigente para la fecha del finiquito, en los casos de eliminación de cargos, la ETB está en la obligación de capacitar y entrenar previamente a los trabajadores afectados para que desempeñen otros cargos, garantizando su vinculación a la planta de personal, empero, la pasiva no dio aplicación a tal previsión convencional, pues no lo capacitó para desempeñar otro cargo perteneciente a la estructura de la empresa, pese a ser beneficiario de la Convención, dado el carácter mayoritario del sindicato.

Que acorde con la Resolución 11.111 de 1998, los cargos Profesional VI y Profesional V tenían el nivel salarial de ingreso U20V y U19S, acotando que a su ingreso la empresa contaba con Profesionales V que percibían un mayor ingreso que el suyo, además, con posterioridad, fueron vinculados Profesionales V y Profesionales VI con una mayor asignación, pese a que fue ascendido a este último desde el 19 de marzo de 1999, pues no se le asignó la misma remuneración que se le venía pagando a aquéllos. Concluye indicando que percibió como último salario, la suma de \$4.810.009 y que al finiquito le fue pagada una indemnización que no se compadece con todos los daños y perjuicios que se le causaron, por no garantizarle capacitación y continuidad en su planta de personal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, no existe norma alguna en la ley o en la Convención Colectiva de Trabajo que contenga el derecho a reintegrarlo, acotando que el finiquito se desenvolvió dentro del ámbito de la legalidad, pues lo fue despido sin justa causa con el pago de la respectiva indemnización pactada en la norma convencional. Añade que sobre la nivelación salarial reclamada, el actor no referencia el trabajador o los trabajadores que desempeñan funciones iguales a las ejecutadas por él en similares condiciones; amén que solo trae a colación la Resolución por medio de la cual se fijó los salarios para los trabajadores de informática, área a la que este no pertenecía, ya que como bien lo refiere en el *libelo genitor*, era abogado de la Dirección de Relación con Operadores, que en nada toca con la Subgerencia de Informática. **Excepciones:** Formuló como medio exceptivo previo el que denominó prescripción, y como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y falta de causa para demanda (fls. 109 a 121).

Mediante sentencia del 19 de septiembre de 2011, el Juzgado de Conocimiento absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en la demanda (fl. 287), determinación que fue confirmada por este Tribunal en sentencia del 14 de octubre de similar año (fls. 302 a 320); no obstante, mediante providencia del 22 de junio de 2012, la Colegiatura dispuso declarar la nulidad de lo actuado, *«a partir del auto que dispuso el cierre del debate probatorio en primera instancia, para en su lugar, ordenar que el Juzgado conceda la oportunidad para recaudar de manera completa la prueba documental solicitada en los literales a) i, a) vii y f), requiriendo a la parte demandada para que allegue certificación de los cargos que fueron suprimidos durante los meses de septiembre a diciembre de 2003 y enero a agosto de 2004, referir las profesiones y especializaciones de los trabajadores relacionados a folios*



150 a 154, y certificar los salarios de los profesionales V y VI con formación de abogados, para los años 1998 a 2007, especificando funciones y responsabilidades», folios 382 a 388.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de octubre de 2021, resolvió **absolver** a la ETB de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y **condenar** en costas al demandante (CD. a folio 708).

Lo anterior por considerar el A quo que, la Cláusula 8ª de la Convención Colectiva de Trabajo no prohíbe a la parte empleadora despedir a sus trabajadores en los eventos de reestructuración eliminación o cambio de cargos, solo menciona que debe capacitarlos para desempeñar otros cargos dentro de la empresa, de manera que no contiene ninguna cláusula de estabilidad en el empleo. Adiciona que, en todo caso, el demandante al ser despedido sin justa causa, no implicó la supresión de su cargo, y por ende, el área donde prestó sus servicios no fue objeto de reestructuración, como condición para activar la presunta cláusula de estabilidad. Sobre la nivelación salarial perseguida, refiere que el trabajador debe demostrar la desigualdad alegada a fin de poder establecer cuáles son las condiciones de trabajo comparables, pues no basta con que se diga que nominalmente los cargos son iguales, sino que es necesario mencionar las condiciones en que se desarrollaron ambos cargos, acotando que en el caso de autos el demandante no aportó elementos de juicio que lleven al Despacho a establecer con claridad cuál es el cargo con el que solicita se realice la nivelación reclamada.

Agrega sobre el punto que la demanda fue planteada de manera genérica y solo fue concretada en los alegatos de conclusión, cuando se refiere que se debe igualar el salario del demandante con las trabajadoras Marcela Eugenia Doria Gómez y Olga Lucía Guzmán de Valdenebro, sin embargo, no podría accederse a tal nivelación, por cuanto las trabajadoras en referencia estaban vinculadas a la Gerencia de Asuntos Contenciosos y a la Dirección de Gestión Humana, mientras que el actor pertenecía a la Gerencia de Relación con Operaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201100085 03

aclarando que cada uno tenía funciones disímiles. Indica que, revisados los cargos iguales al desempeñado por el convocante en la misma área, todos los devengaban la misma remuneración. Aduce en relación de los perjuicios, que no hay ninguna prueba encaminada a dar cuenta de la existencia de los mismos y en la demanda tampoco se narra ninguna situación al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante RÓMULO PERDOMO BONELLS, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, el Juzgado de Conocimiento no ha interpretado en debida forma la Convención Colectiva de Trabajo, dado que en ella se estableció una cláusula de estabilidad laboral, según la cual en caso de supresión de cargos y de reestructuración de la ETB, lo procedente es capacitar al trabajador para que ocupe otro cargo dentro de la planta de personal, de manera que de su sentido literal es diáfano que se prohíben los despidos para estos casos. Alega que contrario a lo concluido por el *a quo*, sí se encuentra demostrada la supresión de cargo, como quiera que la demandada al contestar el *libelo genitor*, admitió que había ofrecido unos planes de retiro voluntario, había reducido su planta de personal y se estaban fusionando gerencias dentro de la Vicepresidencia Comercial, que estaba adscrita a la División de Relación con Operadores, es decir, que sí había un plan de reducción y reestructuración de la convocada, pese a que la representante legal de la ETB lo negó, lo cual es producto de una contradicción suya porque en el interrogatorio que absolvió, admitió que sí se presentó una reducción de personal, y tuvo lugar una reestructuración horizontal y vertical.

Añade que no se le dio crédito al testimonio de Harold Fernando Camargo, pero tampoco se infirmó su dicho, de suerte que no existió una valoración conjunta y adecuada del acervo probatorio. Refiere que el Juzgado le otorgó valor probatorio a la certificación expedida por la demandada, según la cual su cargo no fue suprimido, pese a que en su momento indicó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que tal documental contenía una falsedad ideológica, acotando que, aunque no tachó el documento, ello obedeció a que el mismo no presenta una falsedad material relacionada con la firma de quien lo suscribió, empero, sí presenta una falsedad en su contenido que únicamente puede ser reconocida por un juez penal.

Suma a ello que, las sentencias de primera y segunda instancia fueron anuladas por el Tribunal porque a pesar de los requerimientos que se le hicieron a la ETB, esta no certificó las funciones específicas de los abogados Profesional V y VI; frente a lo cual el Juzgado de Conocimiento una vez regresó nuevamente el proceso, procedió a requerir a la llamada a la acción para que allegara esa información, so pena de aplicar las consecuencias del artículo “267”; no obstante, la empresa no acató la orden, dado que allegó las mismas certificaciones que ya había aportado al proceso relacionadas con las funciones generales de los abogados V y VI, bajo la excusa que no contaba con la información de las funciones específicas, pese a ser ello un deber legal y tener la obligación de contar con la historia e información laboral de sus empleados, como así lo refiere la sentencia T-470 de 2019, por manera que el Despacho debió tener por probados los hechos que se pretendieron acreditar, esto es, la existencia de igualdad de cargos, o aplicar las consecuencias de la carga dinámica de la prueba en virtud del artículo 167 del CGP, puesto que la falta de medios de convicción sobre ese aspecto le es endilgable a la ETB y no, a la parte activa.

Resalta que la señora Marcela Doria tenía funciones jurídicas y como él, era abogada, sin embargo, tenía un salario más elevado como Profesional V, lo cual no tiene ninguna lógica jurídica, dado que el demandante ostentaba un cargo superior, cual era el de Profesional VI, de suerte que procedía la nivelación salarial respecto de la mencionada empleada, teniéndose por probado que el cargo del demandante era igual o similar al de la señora Doria dado que cumplían funciones jurídicas, y partiendo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201100085 03

8

del supuesto que los cargos no necesariamente deben ser idénticos, ya que la jurisprudencia ha admitido la igualdad salarial también en cargos similares.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo afirma que siendo ETB la responsable de conservar la información laboral y establecida la diferenciación salarial entre lo que devengaba el demandante y los demás profesionales V y VI, era del resorte de la demandada probar, justificar dicha discriminación, empero, esta no lo hizo, acotando que no es por causa o negligencia del demandante el que no se hayan acreditado las funciones específicas en el plenario, puesto que solicitó el decreto y práctica de las pruebas, y en particular, se solicitó requerir a la demandada informar sobre las funciones de los cargos de abogados Profesionales V y VI abogados, información que la empresa no suministró bajo el argumento que no contaba con ella, pese a ostentar la obligación de conservarla, por manera que no le era exigible al actor obtener dichos elemento, sin colaboración de la ETB. Afirma que la Convención Colectiva de Trabajo estableció la estabilidad laboral a favor de los trabajadores en caso de reestructuración, eliminación o cambio de cargos; luego el hecho que no se consagrara expresamente el reintegro no significa que ello no sea procedente, pues en todo caso debe darse a la preceptiva favorable al trabajador efectos jurídicos. Añade que de lo afirmado en la contestación de la demanda y lo referido por el testigo Harold Fernando Camargo, se encuentra plenamente probado que la demandada atravesó el proceso de reestructuración en la época del finiquito laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La ETB indica que la norma convencional, sin necesidad de interpretarla, impone una obligación en cabeza de la empresa, cual es que en aquellos casos en los que exista una restructuración, eliminación o cambio de cargos, deber garantizar la continuidad de su vinculación en la planta de personal, para lo cual debe proceder a capacitar al trabajador afectado, no obstante, en el caso analizado no se configura la obligación antedicha, pues como quedó demostrado, no existió restructuración, eliminación o cambio de cargos, sino el despido de un trabajador, cuyo cargo se suplió con otro trabajador; ergo, no existió supresión de este, ni restructuración ni cambio de cargos, lo cual impide que el demandante se beneficie de la mencionada cláusula. Señala que la carga dinámica de la prueba no implica llenar o solventar los vacíos probatorios que existan dentro del proceso, ni dejar en cabeza de una de las partes la consecución de una prueba que el demandante podría traer a juicio, pues este mecanismo no persigue aliviar de las cargas probatorias a una de las partes sino otorgarle, pese a su despliegue diligente y juicioso, la oportunidad de demostrar su dicho en circunstancias especiales donde la prueba no está a su alcance sin la intervención de su contraparte. Indica que el demandante, en lugar de demostrar de manera específica y clara que existió un factor diferencial entre un trabajador y él, lo que hizo fue afirmar (sin prueba de ello) que nominalmente existen cargos inferiores al suyo que ostentan un mayor sueldo, como lo es el supuesto caso de la señora MARCELA DORIA, que pese a tener un cargo de Profesional V, presuntamente devengó un mejor salario que el demandante, lo cual no puede ser tenido, bajo ninguna consideración, tan siquiera como indicio del presunto trato desigual o diferente con otros trabajadores de la Compañía, menos cuando con quienes hace el comparativo no prestaron sus servicios en iguales términos a los del demandante.

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 acredita de la reclamación administrativa elevada por el actor que fuera contestada por la llamada a la acción el 8 de octubre de 2007, como da cuenta la prueba documental aportada con la demanda (fls. 37 a 43).

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 en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si al gestor del proceso le asiste o no el derecho a reintegrarlo o restablecerlo al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía.

De otro lado, habrá de establecerse si concurren los presupuestos para acceder a la nivelación salarial deprecada, y de contera, la reliquidación de las prestaciones sociales legales y extralegales.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues así fue aceptado por la demandada en su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contestación del *libelo genitor*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el expediente digital, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 36), reclamación administrativa y su respuesta (fls. 37 a 43), copia de tarjeta profesional de abogado del actor (fl. 44), copia del diploma adquirido por el accionante como Especialista en Régimen Contractual Internacional de los Andes (fl. 45), certificación laboral (fl. 47), copia hoja de vida del actor (fls. 48 a 54), comunicación de ascenso (fls. 55 a 57), copia de las hojas de vida de los profesionales V y VI que pertenecen a la Dirección de Relación de operaciones de la demandada entre los años 1997 a 2005 (fls. 136 a 275) certificado de existencia y miembros de la Organización Sindical SINTRATELÉFONOS (fl. 285), copias de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre ETB y SINTRATELÉFONOS (fls. 1 a 368 cuaderno anexo y Cd. a folio 145), expediente laboral del demandante (cuaderno anexo 3), listado de cargos suprimidos en la demandada entre 2003 y 2004 (fls. 453 a 454), relación de profesiones y especializaciones de 195 trabajadores y extrabajadores (fls. 455 a 466), certificados de salarios de Profesionales V y VI con formación de abogados entre 1998 y 2007 junto con relación de funciones generales (fls. 467 a 660), cuadros de ingresos junio a diciembre de 2003 y enero a junio de 2004 (fls. 675 a 695), cuadro de Profesionales V y VII año 1998 (fls. 686 a 692), manual específico de funciones Profesional V y Profesional VI (fls. 693 a 696), certificación emitida por la Coordinadora de Nómina de la ETB (fl. 707), y testimonio rendido por el señor Harold Fernando Camargo Ramírez e interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada (Cd. a folio 132); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que RÓMULO PERDOMO BONELLS laboró al servicio de la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., por virtud de un contrato de trabajo desde el 18 de junio de 1998, ejecutando como último cargo el de Profesional VI en la Gerencia Relación con Operadores, devengando como salario la suma final de \$4.810.009



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(fl. 47), mismo que terminó el 20 de septiembre de 2004 sin justa causa y por decisión de la pasiva (fl. 36); 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 alzada².

INEFICACIA DESPIDO-PRETENSIÓN DE REINTEGRO

Con la finalidad de examinar a la luz de la realidad procesal, si en verdad hubo acierto o no, en la determinación adoptada por el *a quo*, esta instancia se permite en cumplimiento a sus atribuciones, analizar el conflicto traído a su órbita, teniendo en cuenta que la apelación alindera la controversia a la interpretación de la Convención Colectiva de Trabajo, pues a juicio del convocante la finalidad de la cláusula discutida es que este siguiera vinculado a la planta de personal, dado que cuando se presenta la eliminación de cargos, la ETB está en la obligación de capacitar y entrenar a los trabajadores afectados para que desempeñen otros cargos, garantizando su vinculación a la planta de personal y todos su derechos convencionales.

Sobre el verdadero contenido de la Cláusula Octava de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la ETB y SINTRATELÉFONOS, es preciso remitirnos al tenor literal para analizar su alcance, no sin antes precisar que sobre la calidad de beneficiario que ostenta el actor, la parte accionada no presentó oposición, y por el contrario aceptó que el sindicato SINTRATELÉFONOS tiene como afiliados más de la tercera parte de los trabajadores de la ETB al contestar el hecho 16 de la demanda (fls. 5 y 120), lo cual además, se reitera en la certificación obrante a folio 285.

² Artículo 66A del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La cláusula octava de la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2003 que se allega al expediente con la respectiva constancia de depósito (fls. 2 a 23 cuaderno anexo), suscrita entre el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ – SINTRATELÉFONOS y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB el 17 de mayo de 2002, dispuso:

«CLÁUSULA OCTAVA: RECONVERSIÓN DE MANO DE OBRA

ETB desarrollará en forma permanente estrategias de mejoramiento y modernización empresarial y adelantará programas de capacitación y adiestramiento en nuevas tecnologías, definiendo previamente procesos de reestructuración, prestación de nuevos servicios e introducción de nuevas tecnologías en el campo de la informática, la electrónica, las telecomunicaciones, el mercadeo y demás actividades administrativas. Para este efecto ETB y Sintrateléfonos definirán los temas de capacitación necesarios.

En los eventos de reestructuración, eliminación o cambio de cargos ETB tendrá la obligación de capacitar y entrenar previamente a los trabajadores afectados, para que desempeñen otros cargos en la estructura de la Empresa, garantizando la continuidad de su vinculación en la planta de personal y todos los derechos convencionales. En todo proceso de transformación ETB consultará con Sintrateléfonos y con los trabajadores afectados, los mecanismos para su reubicación».

A efectos de analizar el alcance de la transcrita cláusula convencional, es menester precisar que la estabilidad en el empleo está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo a través de la condición resolutoria de que están sometidos todos los contratos, debiendo el empleador que da por terminado el contrato sin justa causa proceder al reconocimiento de perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) ocasionados al trabajador, monto de la indemnización que el empleador previamente ha tarifado de acuerdo al tiempo de servicios, el salario y el tipo de contrato, sin que hubiere dispuesto otras posibilidades u opciones consecuentes al despido, tales como el reintegro, según los términos pretendidos por el actor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La norma que hacía referencia al reintegro como consecuencia del despido injusto estaba regulada por el numeral 5° del artículo 8° del Decreto 2351 de 1965 para quienes tuvieran 10 años o más de servicios continuos y fueren despedidos sin justa causa, norma que se mantuvo hasta la vigencia de la Ley 50 de 1990 que en el parágrafo transitorio del art. 6° dispuso su aplicación para quienes en vigencia de esta tuvieran los 10 años de servicios, situación que se mantuvo con el art. 28 de la Ley 789 de 2002 cuando estableció que para los trabajadores que tuvieran 10 o más años de servicios se aplica la tabla de indemnización de la Ley 50 de 1990 exceptuando lo dispuesto en el parágrafo transitorio del art. 6° a quienes tenían 10 o más años de servicios al empleador al 1° de enero de 1991; aplicaciones normativas dentro de las cuales no se encuentra el actor, dado que su vinculación laboral con la ETB se adelantó desde el 18 de junio de 1998 al 20 de septiembre de 2004.

Ahora bien, las previsiones legales relacionadas con la estabilidad en el empleo no impiden que las partes vinculadas por contrato de trabajo puedan mejorar las garantías de estabilidad a través de la celebración de pactos, convenciones colectivas o cláusulas convencionales, entre otros acuerdos, de tal forma que pueden variar en aumento los montos tarifados de la indemnización o estipular el reintegro.

Es así como en las cláusulas convencionales relacionadas con el reintegro debe hacer expresa referencia a la estabilidad en el empleo y del reintegro, condición que no se presenta en el caso de autos, en tanto la cláusula en discusión no refiere a otro tema, que las personas que con ocasión a la reestructuración, eliminación o cambio de cargos, continúan en la empresa, para que sean capacitadas en la ocupación de nuevos cargos o tecnologías asignadas.

En el asunto puesto a consideración de la Sala lo que se evidencia es que la ETB, en ejercicio de la autonomía y la libertad de finalizar los contratos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de trabajo con la consecuente obligación del pago de la indemnización por despido sin justa causa, finiquitó el vínculo laboral que tenía con el accionante cancelando la respectiva indemnización, como así este lo refiere desde el escrito inicial (folio 7), sin que por esa determinación hubiese surgido en beneficio del actor causal de nulidad, ineficacia o invalidez del despido, pues del texto convencional transcrito no se contempla hipótesis alguna generadora de reintegro.

En gracia de discusión, tampoco es dable imponer condena a la entidad demandada en los términos propuestos por el convocante, en tanto no se acreditó que en su caso se hubieren tomado medidas de reestructuración, eliminación o cambio de cargos, pues por el contrario la carta de terminación del contrato de trabajo refiere que *«me permito comunicarle que la ETB S.A. E.S.P. ha decidido, a partir de la fecha, dar por terminado unilateralmente sin justa causa su contrato de trabajo, de conformidad con lo consagrado en la cláusula 19 a, literal c, de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con la organización sindical SINTRATELÉFONOS»* (foli 36), sin que dicha causal invoque los supuestos de hecho contenidos en la cláusula octava de la mentada convención.

A más que, desde la certificación allegada por la convocada a folio 139, se indicó que en el mes de septiembre de 2004 no figura supresión de cargos en la Dirección de Relaciones con Operadores donde se desempeñaba el actor, circunstancia que igualmente fue reiterada en la certificación datada 31 de agosto de 2021, en la cual expresamente se indicó que el cargo del actor no fue suprimido (folio 707), pruebas que al no ser reargüidas ni tachadas por el convocante, contrario a lo afirmado en la alzada, gozan de valor probatorio y están llamadas a surtir todos sus efectos.

En igual sentido, pese a que la demandada tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte rendido por su representante legal (Cd. a folio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

132), refirió que hizo una modificación de su planta que implicó movimiento de su personal, tanto vertical como horizontalmente y adicional a ello, echó mano de terminaciones de contratos de trabajo, lo cierto es que nunca reconoció que el finiquito del actor haya obedecido a la supresión de su cargo.

Ahora, si bien el testigo Harold Fernando Camargo Ramírez como compañero del actor, precisó que el área de Dirección Relación con Operadores fue objeto de reestructuración, lo cierto es que no dio cuenta de una supresión del cargo del actor.

De manera que las declaraciones recaudadas en las diligencias tampoco dan cuenta de tal circunstancia, esto es, que el cargo ostentado por el demandante haya sido suprimido (Cd a folio 132).

Puestas así las cosas, la demandada haciendo uso del poder contractual que tiene como empleador de terminar los contratos de trabajo con el consecuente pago de la indemnización, hace concluir que no existe precepto legal que contemple el reintegro anhelado, y menos aun, la nulidad o ineficacia del despido.

Al hilo del análisis expuesto, encuentra la Sala acierto en la conclusión absoluta en lo que respecta a las pretensiones relacionadas con la nulidad del despido y el reintegro o reinstalación deprecados.

NIVELACIÓN SALARIAL

Persigue el demandante se ordene el pago de la nivelación salarial de acuerdo con los términos establecidos en la ley, en los actos administrativos, reglamentos y en los actos internos expedidos por los órganos administrativos de ETB, favorables al actor (Resolución 11.111 de junio 20 de 1997), a que tiene derecho de acuerdo con los cargos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desempeñados y porque considera que el salario que se le venía pagando era inferior a la mentada resolución y el devengado por otros profesionales; así, pretende el nivel salarial U19S como profesional V desde la fecha de ingreso a la fecha del día anterior al ascenso y, Nivel Salarial U20V desde la fecha de ascenso a profesional VI o al nivel superior pagado a los profesionales VI hasta el momento del reintegro. Finalmente, como planteamiento en su recurso de alzada, peticiona que por lo menos se le nivele salarialmente, tomando como referente a una empleada de menor categoría, esto es, a la señora Marcela Doria, quien se desempeñaba como Profesional V.

En cuanto a los parámetros sobre los cuales persigue el reconocimiento y pago de los emolumentos, es menester precisar que la carga probatoria recae sobre la parte actora quien persigue el efecto jurídico de igualdad salarial y prestacional al haber realizado labores análogas a las que desarrollan otros trabajadores que ocupan el mismo cargo en la empresa, pero devengaba menos que ellos.

El principio de igualdad en el campo salarial, se encuentra establecido en el CST, en el artículo 143 que a la letra dispone:

«1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales».

En atención a que este principio ha sido aclarado por inveterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, trae a colación esta Sala algunos apartes de las providencias más relevantes, con miras a soportar la decisión de esta instancia.



33201100085 03

En la sentencia T-079 de 1995 la Corte Constitucional moduló:

«CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL.

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

*"proporcional a la **cantidad y calidad del trabajo**" (artículo 53 de la Constitución del 91).*

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

(...) Pero, hay que ser muy cuidadosos en la calificación de la calidad y la cantidad del trabajo. Debe haber parámetros objetivos serios para evaluación. Y, por otro aspecto, la búsqueda de eficiencia no puede llegar al extremo de destruir la vida privada del asalariado.

5. NO BASTA LA SIMPLE AFIRMACION PATRONAL DE QUE UNOS TRABAJADORES SON MAS EFICACES QUE OTROS.

Cuando un trabajador considere que no se le ha dado un tratamiento igual, debe aportar el término de comparación que permita deducir el trato desigual.

Y el patrono tiene que demostrar que el trato diferente es razonable y objetivo y no limitarse a opinar que unos trabajadores son más eficaces que otros.

(...) Si el empleador desea dar una suma mayor al trabajador POR MERA LIBERALIDAD, esto es permitido por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, pero es un pago QUE NO CONSTITUYE SALARIO.

Si esa mera liberalidad no es ocasional sino que se torna habitual para un grupo grande de trabajadores, se relaciona en la nómina dentro del sueldo básico y se califica por el empelador como AJUSTE SALARIAL, lógicamente deja de ser liberalidad y se transforma en un derecho subjetivo adquirido por el grupo de privilegiados y pasa a ser remuneración fija».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Atendiendo los parámetros jurisprudenciales anotados, oportuno resulta analizar si en el *sub lite* se cumplen las condiciones de igualdad respecto de la calidad y cantidad de trabajo, y si el trabajador demandante aportó los elementos de comparación que permitan concluir el término de desigualdad sobre el cual se considera agraviado.

De las pruebas documentales arrojadas al proceso, en particular las documentales relacionadas con las hojas de vida de los Profesionales V y VI que pertenecen a la Dirección de Relación con Operaciones de la ETB desde 1997 al 2005 y certificación expedida por la Gerencia de Gestión de Talento Humano, especificando los cargos que fueron suprimidos en esos periodos, y la estructura de los cargos en la misma Dirección (fls. 136 a 275), si bien se evidencia claramente que el accionante en algunas ocasiones recibió salario diferente a algún otro profesional de la misma categoría durante la misma mensualidad, lo cierto es que dicha información no es suficiente para obtener parámetros objetivos de diferenciación salarial.

Sumado a ello, no es suficiente que el trabajador devengara un salario diferente respecto de personas que desempeñaran el mismo cargo, pues, como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en al Sala Laboral, es indispensable valorar en específico las funciones, la calidad y cantidad de trabajo, ya que de acuerdo a estos resultados el empleador está en el legítimo derecho de remunerar de manera diferenciada; recuérdese que la nivelación salarial que alega el accionante exige igualdad entre iguales en todos los aspectos del desarrollo de la labor, pues se *itera*, no basta con ocupar un cargo de igual denominación.

No encontrándose demás, citar apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación No. 30474, del 17 de octubre de 2008:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201100085 03

«Con todo, no está de más precisar que, como lo pone de presente la réplica, esta Sala de la Corte, entre muchas otras en la sentencia que por ella se reseña, ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.

A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, aunque en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó lo que a continuación se transcribe:

(...) Pero también de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha precisado que la cabal utilización del principio no significa una equiparación automática en materia salarial para todos los trabajadores, pues no consiste en imponer por ministerio de la ley una indistinta asimilación salarial, de suerte que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.

Y esos elementos que justifican el trato diferente no han quedado totalmente al arbitrio del empleador, pues la ley se ha encargado de establecer en cuáles casos debe existir igualdad en la remuneración y los factores laborales que dan derecho a esa igualdad.

(...) Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

(...) Cabe dejar en claro que para esta Sala de la Corte Suprema de Justicia la carga de la prueba en los casos en que se reclame igualdad salarial corresponde al trabajador, como lo ha sostenido reiteradamente:

“Para que sea jurídicamente viable una condenación en orden a nivelar los salarios disfrutados por un trabajador en relación con otro, de acuerdo con el artículo 143 del C. S. del T., se precisa demostración plena de que ambos desempeñaron el mismo puesto, tuvieron igual jornada de trabajo y actuaron con la misma eficacia. La prueba de estos hechos corresponde darla al trabajador que alega haberse encontrado en las tres circunstancias enunciadas, pues con ello pretende modificar en su favor una situación jurídica vigente, cual es el salario pactado con el patrono, verbalmente o por escrito, y sabido es que la carga de la prueba pesa sobre quien busca cambiar la situación jurídica en que se encuentra, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

otra que lo favorece». (Gaceta Judicial CXIX, página 388)». (Subraya fuera de texto).

De acuerdo a lo reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al trabajador que persiga la nivelación salarial y prestacional respecto de otros trabajadores que prestaban el servicio en situaciones análogas, es quien tiene la carga de probar que desempeñaron el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales, la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia circunstancias estas que no acreditó el accionante, menos aun cuando de las pruebas peticionadas en la demanda ninguna era conducente a reconocer calidad y cantidad de las funciones que él desempeñaba.

Ahora bien, aunque la parte activa solicita tener por ciertos los hechos de la demanda, en tanto la ETB no allegó los manuales de funciones específicos de cada uno de los cargos Profesional V y VI exigidos por el Juzgado de Conocimiento, con posterioridad a la nulidad declarada por este Tribunal, debe decirse que ello no es procedente, como quiera que la encartada sí allegó algunos manuales específicos de tales cargos, como los que se avizoran a folios 693 a 696, pertenecientes a la dependencia denominada Oficina Jurídica; en todo caso, tal proceder en nada aportaría al proceso de cara a las pretensiones del demandante, y ello es así, porque en el acápite de hechos nada se refirió en relación con las funciones desempeñadas por los demás Profesionales V y VI, como tampoco hizo mención a su experiencia, capacitación, antigüedad, y sobre todo calidad y cantidad de trabajo, como presupuestos indiscutibles para abrir paso a la nivelación reclamada.

Finalmente, en lo que atañe al pedido formulado en la alzada, tendiente a obtener la nivelación salarial tomando como referente a la empleada Marcela Doria, ha de decirse que ello también carece de visos de prosperidad, pues aunque esta se desempeñó como Profesional V entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los años 1997 y 2007, como refiere la certificación militante a folio 534, lo cierto es que esta lo hizo en una área distinta a la que pertenecía el actor, esto es, la Gerencia de Asuntos Contenciosos, además, no se encuentran probados los parámetros ya anotados, y en especial la calidad y cantidad de trabajo, que de alguna manera permitieren concluir la igualdad salarial anhelada.

Corolario de lo anterior, la Sala imparte confirmación a la absolución impuesta en la sentencia primigenia, toda vez que no tiene respaldo jurídico, ni probatorio las pretensiones relacionadas con la nulidad del despido y el consecuente reintegro, como tampoco se allegaron al proceso, las pruebas suficientes para establecer las condiciones de igualdad salarial y prestacional en observancia de los factores cuantitativos y cualitativos de la labor desempeñada por el actor respecto de los demás trabajadores que según él tenían cargos análogos.

COSTAS. Se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia costas a cargo del demandante dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 19 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RÓMULO PERDOMO BONELLS** contra **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201100085 03

23

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta instancia costas a cargo del demandante dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$300.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JESÚS ANÍBAL GARCÍA RUSSI** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de octubre del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 **Yesby Yadira López Ramos** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.022.947.861 de Bogotá y tarjeta profesional 285.844 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

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»



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: El señor **JESÚS ANÍBAL GARCÍA RUSSI** a través de apoderada judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición y a partir del 1° de octubre de 2019, junto con la indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho (folio 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 8 de febrero de 1949. Resalta que prestó sus servicios en calidad de docente a favor del Distrito Capital desde el 5 de febrero de 1970 y por mas de 20 años, en virtud de los cuales le fue reconocida pensión de gracia desde el 8 de febrero de 1999 por parte de Cajanal mediante Resolución 014122 del 30 de noviembre de 1999, al igual que le fue concedida una pensión mensual vitalicia de jubilación desde el 9 de febrero de 2004 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de Resolución 03950 del 30 de septiembre de similar año. Que adelantó cotizaciones al otrora Instituto de Seguros Sociales mientras prestaba sus servicios en el sector privado, entre el 15 de febrero de 1969 y el 30 de septiembre de 2019, logrando aportar 2.059,29 semanas. Aduce que al 1° de abril de 1994 contaba con 45 años y 15 años de servicios cotizados, además, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo contaba con más de 750 semanas de cotización y al 31 de diciembre de 2014 acredita en su haber 1.810,47 semanas y 65 años. Indica que en



Resolución GNR 134629 del 19 de junio de 2013, Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aduciendo que la misma es incompatible con la pensión que le fue concedida por el Magisterio, decisión que fue confirmada mediante la Resolución VPB 14108 del 25 de agosto de 2014.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo para el efecto que en virtud del artículo 128 de la C.P. no se pueden recibir dos asignaciones del tesoro, y por tal motivo las pensiones de gracia y de jubilación reconocidas al actor son incompatibles con la pensión de vejez reclamada, al provenir esta de recursos públicos. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las que resulten probadas en el curso del litigio. (Archivo 04 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de octubre de 2021, resolvió **declarar** la compatibilidad entre la pensión de vejez y las pensiones de jubilación y gracia reconocidas al demandante por parte de Cajanal y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a



partir del 1° de octubre de 2019, cuya mesada pensional inicial corresponde a la suma de \$3.710.100 y para el año 2021 asciende a la suma de \$3.913.086, por 13 mesadas al año, sin perjuicio que Colpensiones en el momento de hacer efectivo el reconocimiento ponga a disposición del aquí demandante el cálculo de toda la vida laboral para efectos de determinar el que le resulte más favorable; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la suma de \$104.035.352 por concepto de retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas desde el 1° de octubre de 2019 hasta octubre de 2021, cuyos valores deberán indexarse al momento en que se haga efectiva la inclusión en nómina del retroactivo y mesada pensional; **absolver** a COLPENSIONES de las demás pretensiones formuladas en su contra, concretamente de los intereses moratorios pretendidos; **declarar** no probada la excepción de prescripción propuesta y, **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 58).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no puede colegirse la incompatibilidad de la pensión de vejez reclamada con las prestaciones concedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y Cajanal hoy UGPP, tal y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia 39810 de 2011, en la medida que los emolumentos de la pensión de vejez no tienen fuente pública, además, según lo definido por el Consejo de Estado la pensión de gracia fue creada con carácter especial para compensar la diferencia salarial que se presentaba por los docentes a nivel territorial, siendo claro que para nada pretende cubrir el riesgo de vejez. De suerte que el accionante tiene derecho a la prestación que reclama a la luz del Acuerdo 049 de 1990, porque al 1° de abril de 1994 contaba con 44 años de edad, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 acredita 1.309 semanas, y cumplió 60 años de edad el 2 de agosto de 2009. Encuentra que la prestación debe reconocerse desde el 1° de octubre de 2019, pues la última cotización se efectuó el 30 de septiembre de similar año; acota que la misma procede por 13 mesadas al año y su liquidación atendió el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, así como una tasa de reemplazo del 90%, conforme a la densidad de semanas de cotización. Niega los intereses moratorios y en su lugar accede a la indexación.



RECURSO DE APELACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que el demandante goza de una pensión reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 9 de febrero de 2004, por lo que sus aportes efectuados a Colpensiones deben ser utilizados para preservar el Sistema y darle efectividad al principio de solidaridad. Añade que nadie puede desempeñar más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro conforme a lo previsto en el artículo 128 de la C.P. y el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, de suerte que la prestación reclamada es improcedente, máxime que el actor no se encuentra dentro de las excepciones definidas en la última norma en comento, ni tampoco se acogió a lo previsto en el Decreto 1278 de 2000, en el sentido de asimilarse al nuevo escalafón docente. Sostiene que desde el año 2004, el actor se encontraba excluido de la obligación de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones por tener cubierto el riesgo de vejez. Concluye advirtiendo que a la parte activa no le asiste el derecho a la indexación reconocida por el Juzgado y que no es procedente la condena a título de costas procesales, pues la misma contraría el inciso 4º del artículo 48 de la Constitución Política, amén que con ella se fomenta la congestión judicial, dado que múltiples procesos ejecutivos, se promueven para el pago de costas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación de la decisión de primer grado, por cuanto las pensiones de jubilación y



gracia reconocidas al demandante como docente del Distrito y docente nacionalizado, respectivamente, atienden a servicios prestados al sector público y son compatibles con las cotizaciones que se deriven del sector privado, pues es clara la distinción entre unas y otras cotizaciones y sus fuentes de financiamiento, ya que para el reconocimiento de las pensiones de jubilación y gracia no se tuvieron en cuenta los aportes realizados por empleadores privados a COLPENSIONES.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida que el señor JESUS ANIBAL GARCIA RUSSI, se encuentra incurso dentro de la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política, pues la pensión de jubilación concedida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL mediante Resolución N° 14122 de 30 de noviembre de 1999 no se encuadra en ninguna de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, concluyéndose que desde el año 1999, el recurrente se encontraba excluido de la obligación de continuar cotizando al sistema general en pensiones administrado por Colpensiones, por tener cubierto el riesgo de vejez, como consecución de la prestación económica concedida por parte del Magisterio.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de



la Ley 712 de 2001, conforme deviene de la documental militante a folios 40 a 41, que da cuenta de la solicitud pensional desde el 23 de febrero de 2012.

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 y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez por el tiempo cotizado en el régimen de prima media con prestación definida, como trabajador del sector privado; cuando ostenta el beneficio pensional por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por Cajanal.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará 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, copia del documento de identificación del accionante (fl. 19), copia de la Resolución 014122 del 30 de noviembre de 1999 expedida por Cajanal (fls. 20 a 22), copia de la Resolución 03959 del 30 de septiembre de 2004 emitida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del



Magisterio Regional Bogotá (fls. 23 a 26), reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 27 a 38), certificado de afiliación emitido por Colpensiones (fl. 39), Resoluciones GNR 134629 del 19 de junio de 2013 y VPB 14108 del 25 de agosto de 2014 (fls. 40 a 46); probanzas de las cuales se colige, que JESÚS ANÍBAL GARCÍA RUSSI nació el 8 de febrero de 1949, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2009 cumplió 60 años de edad (fl. 19), en igual sentido se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente desde el 15 de febrero de 1969 y hasta el 30 de septiembre de 2019 un total de 1.2.059,29 (fls. 27 a 38); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal extendido por el *A quo* en interpretación de la demanda, correspondiente a la aplicación del régimen de transición reclamado, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos



Así entonces, en principio, el reclamante GARCÍA RUSSI resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, como quiera que contaba con 45 años de edad para el 1° de abril de 1994. Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el parágrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que el demandante cumple con las previsiones de este Acto Legislativo, teniendo en cuenta que pretende el reconocimiento pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, que reguló para la adquisición del derecho pensional en su artículo 12, contar con «a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo»

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, emanan cumplidos los presupuestos para establecer que Jesús Aníbal García Russi es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que cuenta con aportes anteriores a la entrada en vigencia de la norma *ejusdem*, y los presupuestos pensionales con anterioridad al año 2010, como quiera que arribó a la edad pensional el 8 de febrero de 2009 y consumió 1.596,31 semanas con precedencia al 31 de julio de 2010.



Razón por la cual, es dable concluir que el accionante cumplió con los lineamientos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con antelación al año 2010 como lo reclama el Acto Legislativo 01 de 2005 para continuar con el beneficio de transición.

Aspecto que igualmente avala la concesión de la pensión de vejez, en tanto cuenta con la edad y un total de 2.059,29 semanas (fls. 27 a 38).

No obstante lo anterior, la entidad pensional persiste en elevar disidencia respecto a la incompatibilidad en el reconocimiento de la prestación pensional por vejez, para lo cual, es menester de la Sala recordar que de antaño la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha tenido la oportunidad de precisar que el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, es un mero administrador de las cotizaciones realizadas por los empleadores y trabajadores, por tanto dichos recursos no hacen parte del Tesoro Público, así mediante proveído del 27 de enero de 1995 radicado No. 7109, con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, indicó:

«La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse.

(...)

Puede decirse, entonces, que el I.S.S. se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que este otorgue provinieron del Tesoro Público.

El Consejo de Estado, en fallo del 24 de marzo de 1983 expuso sobre el particular: "...Lo anterior exonera a la Sala de hacer el estudio sobre la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de Seguros Sociales, que aunque últimamente configurado por establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció ante la peregrina tesis de que la mora en el pago extingue la obligación legal. Y no sólo los fondos son de derecho privado sino que los beneficiarios por lo menos en principio son trabajadores particulares."

*Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-exámine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, **pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos**, todo lo cual hace que las dos **pensiones sean compatibles**» (Resalta fuera de texto)*

Razón por la cual, no es cierto que la pensión ahora reclamada sea financiada mediante dineros del Tesoro Público, mucho menos cuando estos devienen de cotizaciones efectuadas al servicio de empresas privadas, por tanto, aun cuando un afiliado disfrute de una pensión del sector público le asiste el derecho al rubro por vejez a cargo de Colpensiones, sin que exista incompatibilidad entre ambas prestaciones.

Criterio que por demás fue asentado en un caso similar, donde la máxima corporación de cierre en sentencia SL 451- 2013, rad. 41001 del 17 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, explicó:

«En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohibiendo una mezcla inadecuada



entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

*“(...)El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, **hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público**, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, **dado que son realizados por empleadores y trabajadores**, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adocrinó:*

*“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, **ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir**, de la misma manera, que **se sufragan con dineros del tesoro**, por las siguientes razones:*

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

*“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, **y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social**, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.*



“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

*Como conclusión, **no existía incompatibilidad** alguna entre la **pensión de jubilación oficial** reconocida a la demandante **y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social**, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos. (Resalta fuera de texto)*

Y es que en verdad, aunque el demandante laborara como docente en el sector público, tal situación no le eximía de la obligación de realizar aportes al Sistema General de Pensiones, durante los interregnos en los cuales prestó sus servicios en el sector privado, *contrario sensu*, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha enfatizado en tal obligación, desde vieja data, por ello ya en la sentencia con Rad. 28164 del 19 de junio de 2018, M.P Gustavo José Gnecco, indicó:

«La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora.



La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro.”

Luego, siendo obligación del accionante realizar aportes por los periodos laborados en el sector privado, mal podrían desconocerse los mismos, pretermitiendo que Colpensiones no conceda el derecho pensional al cual tiene derecho, con cargo a los tiempos cotizados al Instituto de Seguros Sociales como trabajador del sector privado, máxime cuando en reiterada jurisprudencia la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en que la pensión percibida por los docentes oficiales, no resulta incompatible, por lo que los cargos de la censura planteada por la administradora del régimen de prima media con prestación definida no se encuentran llamados a prosperar y, en suma, la condena impartida en su contra por el fallador de instancia, debe ser confirmada.

FECHA DE DISFRUTE Y CUANTÍA

En lo que atañe a la calenda de disfrute de la prestación, juzga conveniente recordar esta Colegiatura los lineamientos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, así:

«Art. 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»

(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro** del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del



pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona» (Resalta de la Sala)

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia SL 5603 Rad. 47236 del 6 de abril de 2016 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que «en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente (...) en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que **la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema** (...) Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, **dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**» (Resalta de la Sala)

En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, encuentra que el demandante procedió a efectuar su



última cotización al sistema el 30 de septiembre de 2019 (folio 30), pese a que ya había elevado la solicitud de reconocimiento pensional desde el 23 de febrero de 2012 (folio 40), por manera que se entenderá su retiro definitivo del sistema de seguridad social en pensiones a partir de su última cotización, como así lo determinó el *a quo*, pues no se plantea ningún debate en torno a tal determinación que fuera adoptada por el Juzgado de Conocimiento. Motivo por el cual, se mantendrá incólume como fecha de reconocimiento de la pensión el 1° de octubre de 2019.

Ahora, trasladándose a las preceptivas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se determina que para calcular el salario base de liquidación de la pensión debe tomarse el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuera inferior, siempre que haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Bajo los anteriores derroteros, se tiene que el demandante es beneficiario de las dos formas liquidatorias de la pensión, al lograr aportar durante toda su vida y para la data de disfrute la suma de 2.059,29 semanas, siendo viable en principio, efectuar y escoger por favorabilidad el porcentaje que le sea más benéfico. Empero como quiera que le Juzgado dio aplicación a la fórmula de los últimos 10 años de aportes, y sobre ello no medió reparo alguno, la Sala procedió a efectuar las operaciones aritméticas de rigor con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, tomando tal IBL únicamente, incluyendo además una tasa de reemplazo del 90% bajo los apremios del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, obteniendo así una cuantía inicial de \$3'712.714,74

Rubro que al ser superior al impuesto por el *A quo*, es que este Juez Colegiado en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones,



no puede efectuar la modificación correspondiente, determinando como mesada inicial la calculada por el *a quo* y en valor de \$3.710.100.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...»* (Subraya y resalta la Sala). En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que GARCÍA RUSSI logró su derecho a partir del 1º de octubre de 2019 y radicó la demanda ordinaria laboral 18 de diciembre de 2019 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 49, es indudable que el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo.



De suerte que, habrá de condenarse al retroactivo pensional desde el 1° de octubre de 2019, como así lo determinó el *a quo*, mismo que actualizado a 31 de enero de 2021 asciende a \$119'907.612.

INDEXACIÓN

Sobre el reparo formulado por Colpensiones en relación con la indexación de las sumas adeudadas al accionante, ha de decirse que el mismo no resulta atendible por la Sala de Decisión, dado que es necesario compensar el impacto inflacionario que sufrió el valor de las mesadas pensionales con el simple transcurrir del tiempo.

COSTAS

La demandada Colpensiones, en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a la demandada, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que



ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte activa, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 21 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de indicar que el retroactivo pensional calculado del 1º de octubre de 2019 al 31 de enero de 2021, asciende a \$119'907.612, atendiendo lo expuesto.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de COLPENSIONES, dado el resultado 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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS RADICADO: 110013105033201978301 DEMANDANTE: JESUS GARCIA DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2019, aplicando el 90% para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/10/09	31/10/09	30	2.634.000,00	87.800,00	\$ 2.634.000,0		
01/11/09	30/11/09	30	2.634.000,00	87.800,00	\$ 2.634.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	2.634.000,00	87.800,00	\$ 2.634.000,0		
Total días		90			\$ 7.902.000,0	\$ 87.800,00	\$ 2.634.000,00
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
Total días		360			\$ 32.556.000,0	\$ 90.433,33	\$ 2.713.000,00
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	2.713.000,00	90.433,33	\$ 2.713.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	3.247.000,00	108.233,33	\$ 3.247.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	2.848.000,00	94.933,33	\$ 2.848.000,0		
Total días		360			\$ 34.170.000,0	\$ 94.916,67	\$ 2.847.500,00
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
Total días		360			\$ 35.796.000,0	\$ 99.433,33	\$ 2.983.000,00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	2.983.000,00	99.433,33	\$ 2.983.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	3.878.000,00	129.266,67	\$ 3.878.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/07/13	31/07/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	3.162.000,00	105.400,00	\$ 3.162.000,0		
Total días		360			\$ 37.944.000,0	\$ 105.400,00	\$ 3.162.000,00
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
Total días		360			\$ 39.444.000,0	\$ 109.566,67	\$ 3.287.000,00
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	3.287.000,00	109.566,67	\$ 3.287.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	4.032.000,00	134.400,00	\$ 4.032.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	3.451.000,00	115.033,33	\$ 3.451.000,0		
Total días		360			\$ 41.337.000,0	\$ 114.825,00	\$ 3.444.750,00
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	3.622.000,00	120.733,33	\$ 3.622.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
Total días		360			\$ 44.916.000,0	\$ 124.766,67	\$ 3.743.000,00
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	3.754.000,00	125.133,33	\$ 3.754.000,0		
01/04/17	30/04/17	30	3.753.624,00	125.120,80	\$ 3.753.624,0		
01/05/17	31/05/17	30	3.753.624,00	125.120,80	\$ 3.753.624,0		
01/06/17	30/06/17	30	3.753.624,00	125.120,80	\$ 3.753.624,0		
01/07/17	31/07/17	30	3.753.624,00	125.120,80	\$ 3.753.624,0		
01/08/17	31/08/17	30	3.753.624,00	125.120,80	\$ 3.753.624,0		
01/09/17	30/09/17	30	6.099.949,00	203.331,63	\$ 6.099.949,0		
01/10/17	31/10/17	30	4.016.378,00	133.879,27	\$ 4.016.378,0		
01/11/17	30/11/17	30	4.016.379,00	133.879,30	\$ 4.016.379,0		
01/12/17	31/12/17	30	4.016.378,00	133.879,27	\$ 4.016.378,0		
Total días		360			\$ 48.179.204,0	\$ 133.831,12	\$ 4.014.933,67
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	4.260.976,00	142.032,53	\$ 4.260.976,0		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/02/18	28/02/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/03/18	31/03/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/04/18	30/04/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/05/18	31/05/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/06/18	30/06/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/07/18	31/07/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/08/18	31/08/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/09/18	30/09/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/10/18	31/10/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/11/18	30/11/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
01/12/18	31/12/18	30	4.260.977,00	142.032,57	\$ 4.260.977,0		
Total días		360			\$ 51.131.723,0	\$ 142.032,56	\$ 4.260.976,92
Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	4.516.636,00	150.554,53	\$ 4.516.636,0		
01/02/19	28/02/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/03/19	31/03/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/04/19	30/04/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/05/19	31/05/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/06/19	30/06/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/07/19	31/07/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/08/19	31/08/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
01/09/19	30/09/19	30	4.516.635,00	150.554,50	\$ 4.516.635,0		
Total días		270			\$ 40.649.716,0	\$ 150.554,50	\$ 4.516.635,11

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	N°. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	90	69,800	100,00	1,433	\$ 2.634.000,00	\$ 3.773.638,97	\$ 11.320.916,91
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 2.713.000,00	\$ 3.810.393,26	\$ 45.724.719,10
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 2.847.500,00	\$ 3.876.786,93	\$ 46.521.443,16
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 2.983.000,00	\$ 3.915.211,97	\$ 46.982.543,64
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 3.162.000,00	\$ 4.051.249,20	\$ 48.614.990,39
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 3.287.000,00	\$ 4.131.473,10	\$ 49.577.677,22
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 3.444.750,00	\$ 4.176.973,44	\$ 50.123.681,34
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 3.743.000,00	\$ 4.250.993,75	\$ 51.011.925,04
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 4.014.933,67	\$ 4.312.032,72	\$ 51.744.392,65
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 4.260.976,92	\$ 4.396.385,59	\$ 52.756.627,12
2019	270	100,000	100,00	1,000	\$ 4.516.635,11	\$ 4.516.635,11	\$ 40.649.716,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a: 2019					\$ 495.028.632,57
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 4.125.238,60
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado 90%					
Primera mesada						\$ 3.712.714,74	
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2019						\$ 828.116,00	

Tabla Retroactivo Pensional Mesada Juzgado					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/10/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.710.100,00	4,00	\$ 14.840.400,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.851.083,80	13,00	\$ 50.064.089,4
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 3.913.086,25	13,00	\$ 50.870.121,2
01/01/22	31/01/22	5,62%	\$ 4.133.001,70	1,00	\$ 4.133.001,7
Total retroactivo				\$ 119.907.612,34	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 119.907.612,3
Total	\$ 119.907.612,3

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación jueves, 3 de febrero de 2022 Recibe: _____



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **LUIS HERNANDO SANTIAGO LOMBANA** a través de apoderado judicial, persigue se condene a la demandada a la reliquidación de la pensión de vejez, con base en un IBL hallado con lo devengado en el último año de servicios o toda la vida laboral, según el más favorable, junto con el reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo, indemnización integral de perjuicios, mesada adicional de junio, indexación de la primera mesada pensional, intereses corrientes y de mora, devolución de cuotas moderadoras y copagos, así como de las semanas adicionales a las mínimas requeridas, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 vuelto y 3 de las diligencias, los cuales en síntesis indican que para el amparo de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, se afilió al otrora ISS. Advierte que además de la asignación básica mensual, devengó prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por vacaciones, vacaciones, prima especial de servicios, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación y auxilio de transporte, factores respecto de los cuales le efectuaron los descuentos correspondientes a Seguridad Social Integral. Que la demandada pese a reconocer a su favor la pensión de vejez, omitió tener en cuenta la totalidad de factores salariales que percibió y dio aplicación a un porcentaje del IBL inferior al que realmente correspondía. Agrega que la encartada tampoco le ha reconocido el incremento por tener a cargo a su consorte María Inés Rincón Pulido. Refiere que la acción y la omisión de la parte pasiva, le han causado perjuicios materiales, morales y a la vida de relación.



CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante sentencia C-258 de 2013 señaló que el IBL no es un aspecto integrante del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Añade que al demandante se le reconoció la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por lo que se le tomó el IBL consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, conforme a la regla más favorable, que lo fue el promedio de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 87%. Resalta que en sentencia SU 140 de 2019 la Corte Constitucional señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994. Refiere que reconoció la prestación pensional sobre 14 mesadas al año, por manera que no adeuda ninguna mesada adicional. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada, folios 39 a 47.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de octubre de 2021, resolvió **condenar** a COLPENSIONES a modificar la tasa de reemplazo de la pensión de vejez reconocida al demandante mediante Resolución 1070006 del 2010 modificada por la Resolución 030827 del 20 de octubre del mismo año, para que sea aplicado en su lugar el 90%, conforme lo establece el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$1.731.140,9, cifra que deberá ser reconocida debidamente indexada al momento de su pago, por concepto de retroactivo desde el 19 de diciembre de 2019 hasta el mes



de agosto de 2021, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, calculada sobre 14 mesadas anuales, además, se autoriza a la entidad a realizar los descuentos que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud, igualmente, se fija el valor de la mesada pensional para esta anualidad en la suma de \$1.007.574; **declarar** probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada frente a las demás pretensiones incoadas en su contra y en consecuencia absolver a la demandada de las mismas; **sin costas** en primera instancia (Archivo denominado “2020-012 ACTA – AUDIENCIA 29 DE OCTBRE-CONDENA.pdf” del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no es procedente reliquidar la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicios porque la prestación de vejez le fue reconocida al actor a la luz del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de suerte que en su situación particular, el IBL debía hallarse con la fórmula estatuida en el artículo 21 *ejusdem*, la cual efectivamente fue aplicada por la demandada tomando los factores salariales efectivamente reportados por los empleadores del actor, involucrando la debida indexación que ordena la norma en referencia. Agrega que en todo caso, el demandante cotizó al Sistema General de Pensiones 1.261 que abren paso a una tasa de reemplazo del 90%, y no, al 87% aplicado por la llamada a la acción, siendo procedente en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y los derechos mínimos del trabajador, reajustar la mesada pensional desde la fecha de presentación de la demanda, dado que ello no fue involucrado en la reclamación administrativa, por manera que debe ordenarse el pago de las diferencias pensionales causadas desde el 19 de diciembre de 2019. En cuanto al incremento por persona a cargo, indica que debe darse aplicación a la interpretación más favorable que lo es la vigencia de los mismos, más allá de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, en el caso analizado no hay lugar



a su reconocimiento, porque pese a que se cumplen los requisitos preestablecidos en el Acuerdo 049 de 1990, ha operado el fenómeno de la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo como reparos que, *«se estudie una vez más el expediente y el caso a fin que se aplique la condición más beneficiosa, en el sentido de reconocer los porcentajes que le correspondía al señor Santiago por su cónyuge a cargo, teniendo en cuenta que efectivamente el señor Santiago sí había presentado, para el año 2013 ya culminando su primera etapa de prescripción presentó una solicitud, y pues le fue negada, es decir, que en su momento él sí reclamó, la entidad negó y probablemente la mora estuvo en acceder a la administración de justicia, pero hizo su solicitud en debida oportunidad y también para que se estudie las demás pretensiones y en sede de instancia sean eventualmente concedidas»*.

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: Refiere este extremo procesal que no puede pretender el demandante se le reliquide la pensión a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, es decir, con el IBL de lo devengado en el último año, pues a la entrada en vigencia de Ley 100 de 1.993 al demandante le faltaban más de 10 años para cumplir los requisitos para acceder a la de vejez, y así adquirir el status de pensionado, por lo que se procedió a realizar el cálculo con base en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1.993. Agrega que la entidad reconoció la pensión de vejez al demandante, atendiendo a la totalidad de los factores salariales reportados por el empleador, por lo que no es dable



reconocer factores salariales distintos o no devengados por el trabajador y sobre los cuales no se hicieron las respectivas cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones. Concluye advirtiendo la improcedencia del incremento por persona a cargo, a la luz de la sentencia SU 140 de 2019.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme la solicitud radicada el 17 de julio de 2019, militante a folios 22 a 27 de las diligencias.

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, el recurso de alzada, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen los presupuestos para reajustar la pensión de vejez del actor conforme a una tasa de reemplazo del 90% y si es procedente el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.



STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor LUIS HERNANDO SANTIAGO LOMBANA, pues es patente que mediante la 107006 del 13 de mayo de 2010, le fue reconocida la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de mayo de 2010, en cuantía inicial de \$634.692, para lo cual se dio aplicación a una tasa de reemplazo del 84%, aspecto que se corrobora con la documental obrante a folios 31 a 32 del informativo. Del mismo modo, se puede constatar que mediante Resolución 030827 del 20 de octubre de 2010, fue modificada la prestación, en el sentido de reconocerla, desde el 26 de enero de 2010, como se constatada de la documental contenida en el expediente administrativo que reposa en el expediente digital.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Previo a resolver el primer problema jurídico planteado por esta judicatura, ha de aclarar la Sala que si bien en el recurso de alzada la parte activa insiste en que debe accederse a la totalidad de las pretensiones del *libelo demandatorio*, dentro de las que se petitionó la reliquidación del IBL con el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios o de toda la vida laboral, junto con la indexación de la primera mesada pensional, lo cierto es que esta Colegiatura carece de competencia para volver a efectuar un estudio sobre dichos aspectos, como quiera que la parte demandante dentro de sus argumentos de apelación en nada atacó la decisión negativa del *a quo* de no acceder a tal reajuste, puesto que únicamente se limitó a solicitar que se acceda a todos los pedimentos, sin advertir las razones por las cuales se aparta de las consideraciones del Juzgado, en las que este refirió que la demandada Colpensiones aplicó debidamente el IBL contenido en el artículo 21 de Ley 100 de 1993, con la indexación de



los salarios reportados por el actor, según así lo establece la norma en referencia.

Por tanto, el análisis de la reliquidación pensional que se realizará en esta instancia, ha de sujetarse únicamente a establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad, partiendo de la condición no discutida por las partes, cual es que el convocante ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, se debe tener en cuenta que la tasa de reemplazo a aplicar para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, se tiene que el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones por vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, se advierte que en el resumen de semanas cotizadas por el demandante, actualizado al 21 de enero de 2021, aparecen reflejadas una densidad de 1.259 semanas, a la fecha en que le fue reconocida la prestación, esto es, 1° de enero de 2010 (expediente administrativo contenido en el expediente digital), lo que implica que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, como acertadamente lo dispuso el Juzgado de Conocimiento, quien accedió a la reliquidación desde la fecha de presentación de la demanda, esto es, a partir del 19 de diciembre de 2019, aspecto este que se dejará incólume al no ser discutido por el actor en su recurso de apelación.



Puestas así las cosas, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, encuentra la Sala que la mesada pensional del accionante para el año 2019 corresponde a \$955.214 y para el año 2021 asciende a \$1.007.475, por tanto, le corresponde un valor de \$2.329.131, a título de diferencias pensionales causadas al 31 de enero de 2022, siendo lo procedente modificar la sentencia de primera instancia en tales términos.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE O COMPAÑERO(A) PERMANENTE A CARGO

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

Dentro de esta evolución y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.



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

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

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

[...]

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.»

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



Bajo tales presupuestos, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que al señor **LUIS HERNANDO SANTIAGO LOMBANA** le fue reconocida pensión de vejez desde el 26 enero de 2010, conforme al Decreto 758 de 1990 y por ser beneficiario del régimen de transición como se anotó en precedencia; en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de los incrementos por cónyuge a cargo, como así lo definió el Juzgado de primera instancia.

Finalmente, como quiera que el Juzgado no emitió pronunciamiento sobre algunas pretensiones de la demanda, esto es, la devolución de los copagos y cuotas moderadoras, devolución de semanas adicionales, al igual que pago integral de perjuicios, la Sala ha de emitir pronunciamiento en los términos del artículo 287 del CGP, en tanto el demandante petitionó en su recurso el reconocimiento de todas las pretensiones formuladas.

Para el efecto, baste con decir que en el *sub judice* la Sala no encuentra demostrados los perjuicios aducidos por el demandante, de manera que carece de visos de prosperidad la indemnización integral que reclama; suerte que igualmente corre el pedimento encaminado a obtener la devolución de las semanas adicionales a las mínimas requeridas por la Ley, como quiera que, según se advirtió con anterioridad, el demandante acredita un total de 1.259 semanas de cotización, las cuales le permiten gozar de una tasa de reemplazo del 90% y acceder a la reliquidación de su prestación para un mayor valor.

Finalmente, en lo que se refiere a la devolución de cuotas moderadoras y copagos, ha de señalarse su improsperidad, en la medida que tales conceptos no hacen parte del Subsistema de Seguridad Social en



Pensiones, sino del Subsistema General en Salud, el cual no se encuentra vinculado al presente proceso a través de la respectiva EPS.

COSTAS. 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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 29 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor del demandante **LUIS HERNANDO SANTIAGO LOMBANA**, la suma de \$2.329.131, cifra que deberá ser reconocida debidamente indexada al momento de su pago, por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 19 de diciembre de 2019 hasta el 31 de enero de 2022, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, calculadas sobre 14 mesadas anuales; igualmente, se autoriza a la entidad a realizar los descuentos que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud; asimismo, se fija el valor de la mesada pensional para el 2021 en la suma de \$1.007.475, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

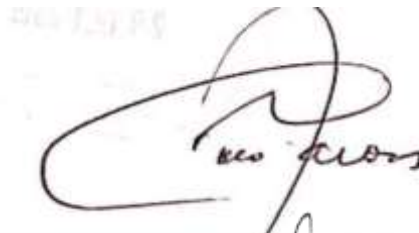


TERCERO: En esta segunda instancia sin costas.

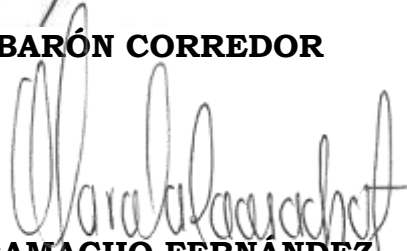
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-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 VICTORIA OROZCO CELSA** 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 y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARÍA VICTORIA OROZCO CELSA**, 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 las primas semestrales y las primas de vacaciones convencionales causadas durante toda la relación laboral, debidamente indexadas, al igual que al reajuste de las cesantías generadas durante todo el tiempo de servicios, teniendo en cuenta la connotación salarial de las primas semestrales y de vacaciones convencionales, junto con las costas procesales, folios 6 archivo 01 del expediente digital.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que, ingresó a laborar a la Federación Nacional de Cafeteros desde el 1° de septiembre de 2009, para desempeñar el cargo de Analista Financiero en el municipio de Valledupar César, percibiendo como asignación mensual para el año 2020 la suma de \$2.082.821. Refiere que en la demandada existe una organización sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia- SINTRAFEC, a la cual se encuentra afiliada desde el 1° de enero de 2020. Aduce que entre la pasiva y la organización sindical en referencia, se han firmado diversas Convenciones Colectivas de Trabajo, acotando que en la suscrita en 1974, se estableció en su artículo 29 una prima semestral equivalente a dos meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre. Agrega que en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada en 1984, igualmente, se estipuló en su artículo 10° una prima de vacaciones. Que desde el inicio del nexo laboral la llamada a juicio se ha negado a reconocerle y pagarle las



prestaciones en referencia, con sustento en que no es beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo, al no encontrarse afiliada a Sintrafec; en igual sentido, se ha negado a considerarlas como factor salarial para efectos de liquidar sus cesantías.

CONTESTACIÓN: La demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** se opuso a las pretensiones de la demanda, al indicar que de buena fe ha cancelado todos los conceptos a que ha tenido derecho la activa durante la vigencia de la relación laboral y a su fenecimiento. Indica que la activa se afilió a la organización sindical Sintrafec, hasta el 6 de enero de 2020; 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, reconocen la coexistencia de dos regímenes laborales, a saber: los miembros del sindicato suscribiente de la convención, del cual no era parte la 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 la cláusula segunda del contrato de trabajo de fecha 1º de septiembre de 2009, *“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 denominados inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación y enriquecimiento sin causa del demandante y la genérica (folios 2 a 26 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 10 de agosto de 2021, resolvió **absolver** a la demandada de todas y



cada una de las pretensiones invocadas por la parte activa; **condenar** en costas a la demandante (Carpeta 12 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas por la demandada y Sintrafec se estipuló su aplicación a todos los trabajadores de la convocada, lo cual no se disuelve por la sola circunstancia que la organización sindical perdiera su carácter mayoritario, de suerte que las prerrogativas solicitadas por la activa, a más que se encuentran vigentes, se hacen extensivas a los trabajadores no sindicalizados; empero, conforme al criterio definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, es necesario que la trabajadora haya presentado su manifestación expresa de adherir a la convención y efectuar el pago de cuotas sindicales, a efectos de beneficiarse de las prerrogativas convencionales que deprecia. Concluyendo que carece de visos de prosperidad el reclamo de las prestaciones causadas con anterioridad al año 2020, por cuanto la aquí demandante sólo tomó la decisión de adherirse a las prerrogativas convencionales desde dicha anualidad, en la cual comenzaron a serle reconocidas por la parte pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis como motivos de reparo que, tiene derecho a los beneficios convencionales reclamados, aun cuando se afilió a la organización sindical desde el mes de enero de 2020, toda vez que la extensión de los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados, es el resultado de la autonomía de la voluntad de la Federación Nacional de Cafeteros y el sindicato, que no se limita por el simple hecho de no hacerse los descuentos estipulados a favor de Sintrafec. Refiere que en sentencia 37478 del 7 de julio de 2010, Magistrado Ponente Luis Javier López Osorio, emitida con posterioridad a la transformación de Sintrafec en organización minoritaria, la Corte Suprema de Justicia precisó que cuando el empleador se obliga a aplicar los beneficios convencionales a todos sus trabajadores, crea a favor de estos un derecho individual al cual pueden renunciar, resultando imperativa su aplicación cuando esto no ocurra, de suerte que la Convención



Colectiva de Trabajo hace parte de los contratos de trabajo sin condicionamiento, contrario a lo referido por el Juzgado de Conocimiento. Resalta que en sentencia 24197 de 2005, Magistrado Ponente Gustavo Mendoza, se indicó que la regulación convencional prevista en la ley no impide que el empleador contraiga el compromiso de aplicar los beneficios que de ella se deriven, a trabajadores que no están incluidos en el campo de aplicación estatuido en el ordenamiento, siempre que con ello no quebrante disposiciones de orden público o no desquicie los principios que informan la contratación colectiva y su derecho. Añade que la aplicación de una Convención Colectiva de Trabajo en la hipótesis en que la misma disponga su extensión a todos los trabajadores de la empresa que la firmó, no puede quedar supeditada a la afiliación del beneficiario al sindicato o a los aportes que este deba sufragar para resultar favorecido de aquélla, criterio que fue sentado por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 28 de noviembre de 1994 radicado 6962, posición que se encuentra ratificada en la sentencia SL7825-2016. Concluyendo que la Convención Colectiva de Trabajo le es aplicable independientemente de que hubiese o no manifestado su voluntad de afiliarse a la organización sindical o que se le hubiesen hecho o no descuento de cuotas sindicales, y de contera, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal indica que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y la organización sindical



allí existente, acordaron un campo de aplicación para esos beneficios convencionales, y unas prestaciones extralegales, para todos los trabajadores, afiliados y no afiliados a SINTRAFEC, razón por la cual el demandante es titular del derecho a disfrutar de las PRIMAS SEMESTRALES y DE VACACIONES allí contempladas, desde la fecha de su vinculación, interpretación que se encuentra avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Manifiesta que las primas extralegales de vacaciones y semestrales que la empresa se obligó a cancelar a todos los trabajadores, dada su habitualidad, tienen la naturaleza de ser factor salarial para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales, por lo que debe condenarse a la empresa a tenerlas en cuenta.

Parte demandada: Este extremo procesal persigue la confirmación del fallo impugnado, aduciendo para el efecto que debe tenerse en cuenta la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2019 emitida por la 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, en la cual 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. Señala que en todo caso, las partes de manera expresa y voluntaria acordaron darles a las primas extralegales la connotación de no salariales, no siendo dable en consecuencia la reliquidación deprecada en la demanda. Concluye afirmando que la Federación y SINTRAFEC aclararon cualquier duda que pudiera surgir de la interpretación de las distintas convenciones colectivas de trabajo que se encontraban vigentes hasta antes de la suscripción de la Convención Colectiva de 2 de febrero de 2021.



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*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por la activa, 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 a la demandante, pese a no ostentar la calidad de trabajadora sindicalizada con anterioridad al año 2020; derivado de ello, definir la connotación salarial de las primas semestrales y de vacaciones extralegales, junto con la reliquidación de las cesantías.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues así fue aceptado por la demandada en su contestación del *libelo genitor*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el expediente digital, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, contrato de trabajo a término fijo y otro sí (fls. 15 a 17 archivo 01 y fls. 24 a 31 archivo 08), copia documento de identificación de la demandante (fl. 18 archivo 01), Convenciones Colectivas de Trabajo (fls. 19 a 85 archivo 01), comprobantes de nómina (fls. 103 a 140 archivo 01 y fls. 48 a 82

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



archivo 08), comunicaciones de afiliación de la demandante a la organización sindical Sintrafec (fls. 32 a 34 archivo 08), certificación laboral (fl. 35 archivo 08), certificación número de afiliados Sintrafec (fl. 36 archivo 08), liquidaciones de cesantías y comprobantes de su consignación (fls. 37 a 42 archivo 08), certificados de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (fls. 43 a 47 archivo 08), circulares expedidas por la demandada (fls. 84 a 87 archivo 08), relación de vacaciones disfrutadas por la demandante (fl. 88 archivo 08); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que MARÍA VICTORIA OROZCO CELSA labora al servicio de la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA desde el 1° de septiembre de 2009 bajo la modalidad contractual laboral de término fijo, ejecutando como cargo el Analista Financiero³ y devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma de \$2.082.821 para el año 2020 (fl. 79 archivo 08), mismo que aun se encuentra vigente; 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 alzada⁴.

EXTENSIÓN DE BENEFICIOS CONVENCIONALES

Reclama la parte demandante desde el cuerpo del *libelo genitor*, se conceda la calidad de beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la pasiva y el Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Sintrafec, incluso para los períodos del nexo laboral dentro de los cuales no se encontraba afiliada a la organización sindical.

³ Folios 24 a 26 y 35 archivo 08 del expediente digital.

⁴ Artículo 66A del CST.



Demarcado lo anterior, necesario resulta precisar que de conformidad con los textos extralegales militantes a folios 19 a 85, que cuentan con constancia de depósito, se logra evidenciar que en la adiada 10 de septiembre de 1974 se acordó, en el artículo 33, que su aplicación se extendería a «...*todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. 'Almacafé, en las condiciones y términos aquí indicados*».

Reglamentación que emana diáfananamente *iterada* en la Convención Colectiva de Trabajo 1984-1986; misma que, ha de precisarse, fue ejecutada 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 artículo 13 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 19 de julio de 1996, se evidencia taxativamente que «*Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas, sustituidas o acordadas por la presente Convención Colectiva de Trabajo*» (folio 83 archivo 01 del expediente digital).

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 la 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 benefician 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 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 la actora es beneficiaria de las convenciones cuya aplicación solicita, aún sin encontrarse demostrada su afiliación al sindicato con



anterioridad al mes de enero de 2020, data en la que efectivamente se afilió, pues dichas disposiciones le aplican a la totalidad de los trabajadores de la Federación, indistintamente de la adhesión o del hecho que se hagan los descuentos sindicales o no, contrario a lo concluido por el Juzgado de primera instancia.

A más que, la sentencia proferida por este Tribunal, a la que hace alusión el *a quo* para sustentar su tesis, no fue emanada de esta Sala de Decisión, dado que esta acoge sobre el particular el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en virtud del cual no es procedente exigir a los trabajadores no sindicalizados expresar su voluntad de acogerse a los beneficios convencionales y hacer el respectivo aporte sindical, por cuanto se insiste, ello no impide la extensión de los derechos que ellas contienen.

Bajo tal entendimiento, encuentra indiscutible esta Sala de Decisión que los derechos convencionales por cuya aplicación ruega María Victoria Orozco Celsa además de encontrarse vigentes, como se corrobora en los artículos 22 y 29 de la Convención Colectiva de Trabajo para el periodo 1974 a 1976, en los que se establece respectivamente la prima de vacaciones y la prima semestral, el 10° de la Convención Colectiva vigente para el periodo 1984 a 1986 y el artículo 9° de la Convención Colectiva vigente para el periodo 1996 a 1997, normas estas últimas que modificaron el reconocimiento y la naturaleza de la prima de vacaciones; también le son aplicables a la trabajadora, incluso en fecha anterior a la data en que se afilió a la organización sindical Sintrafec, que lo fue el 6 de enero de 2020, como informa la certificación visible a folio 35 archivo 08 del expediente digital, toda vez que no existe constancia en el proceso que haya renunciado a tales prestaciones extralegales, como única condición para no beneficiarse de ellas, a tono con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.



Puestas así las cosas, procederá la Sala a determinar los valores que se le adeudan a la parte activa a título de prima semestral y de vacaciones, para lo cual deberá analizarse previamente, lo que concierne a la excepción de prescripción propuesta por la entidad llamada a la acción (fl. 11 archivo 08 del expediente digital).

PRESTACIONES SOCIALES CONVENCIONALES- PRESCRIPCIÓN.

De entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, ha de advertirse que la parte activa contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación de las prestaciones aquí debatidas, desde que cada uno de ellas se hizo exigible, misma que no fue ejecutada sino hasta la interposición de la demanda el 8 de julio de 2020, folio 1 archivo 02 del expediente digital.

De lo antedicho, diáfano resulta concluir que en el caso de autos operó el fenómeno de la prescripción sobre las primas semestrales y de



vacaciones causadas con anterioridad al 8 de julio de 2017, siendo relevante resaltar, que la prima semestral prevista para el mes de junio de 2017, conforme al artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo 1974 a 1976, claramente ha sido afectada por dicho fenómeno. Igualmente, importa indicar que de los comprobantes de nómina allegados por la pasiva⁵, se constata que los beneficios reclamados le han sido pagados a la convocante desde el año 2020, por tanto, se procederá a su reconocimiento hasta el año 2019.

Así las cosas, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se obtiene que la demandada adeuda a favor de la accionante, la suma total de **\$26.497.138**, por concepto de primas semestrales y de vacaciones por los períodos comprendidos entre los años 2017 y 2019, misma que deberá ser pagada debidamente indexada, como así se peticionó.

AÑO	SALARIO	PRIMA DE VACACIONES	PRIMA SEMESTRAL JUNIO	PRIMA SEMESTRAL DICIEMBRE	SUBTOTAL
2017	\$1.781.550	\$2.316.015	\$0	\$3.563.100	\$5.879.115
2018	\$1.888.443	\$2.454.976	\$3.776.886	\$3.776.886	\$10.008.748
2019	\$2.001.750	\$2.602.275	\$4.003.500	\$4.003.500	\$10.609.275
TOTAL PRIMAS EXTRALEGALES					\$26.497.138

CONNOTACIÓN SALARIAL PRIMAS SEMESTRALES Y DE VACACIONES – RELIQUIDACIÓN CESANTÍAS

Procede la Sala a analizar el reclamo formulado por la parte actora, que se encamina a obtener la reliquidación de sus cesantías teniendo como factor salarial las primas semestrales y de vacaciones extralegales.

⁵ Folios 48 a 83 archivo 08 del expediente digital.



Sobre el particular ha de precisarse que el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974, allegada con constancia de depósito a folios 20 a 65 del archivo 01 del expediente digital, al regular la prima semestral previó que *«Adicionalmente, a lo existente, las Empresas pagarán a todos los trabajadores, por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de Junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturno) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las Empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1o. de septiembre de 1974».*

Conforme a la norma convencional en referencia, estima la Colegiatura que no es procedente otorgarle connotación salarial a la prima semestral extralegal, por cuanto en la Convención Colectiva de Trabajo en referencia la demandada y la organización sindical SINTRAFEC no le imprimieron ese carácter, y si bien la misma se paga de manera habitual, no puede dejarse de lado que a las voces del artículo 128 del CST no constituyen salario *«(...) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

De suerte que, no puede considerarse la prima semestral en la liquidación de prestaciones como las cesantías, conforme al anhelo de la demandante, en la medida que en el contrato de trabajo se estableció en su cláusula segunda que *«(...)Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este contrato se 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»* (folio 15



archivo 01 del expediente digital), siendo claro que fueron las mismas partes quienes le restaron el carácter salarial a tal prestación.

No así, en tratándose de la prima extralegal de vacaciones, puesto que trasladándose esta Sala a las previsiones de la Convención Colectiva de Trabajo 1996 obrante en el informativo con su constancia de depósito, se evidencia que la citada regulación en su artículo 9º dispuso:

«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 (...)» (folio 82 archivo 01 del expediente digital).

Así, de una lectura de la previsión convencional fluye innegable que la prima de vacaciones ostenta el carácter salarial, de suerte que debe ser adicionada al momento de establecer los valores reales de todas las prestaciones sociales que involucren el salario como rango de acceso, que para el caso específico corresponde a las cesantías, tal como lo peticionó la parte actora.

Lo anterior, pese al pacto de desalarización celebrado por las partes, dado 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, debiendo 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 CSJ SL, 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.

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, 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, CSJ SL, 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 aquella 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 el 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 acceder a la reliquidación de las cesantías otorgadas a la demandante, causadas desde el año 2017 hasta el año 2019, incluyendo como factor salarial las primas de vacaciones que en esta instancia se han reconocido únicamente por tales períodos por efectos de la prescripción; adicional a ello, ha de precisarse que las diferencias resultantes del reajuste aquí concedido, deberán ser consignadas a la AFP Porvenir S.A., por tratarse de la sociedad a la cual se encuentra afiliada la trabajadora para la consignación de sus cesantías, como se constata a folio 42 archivo 08 del expediente digital, y por encontrarse aun vigente la relación laboral.

Así las cosas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se obtiene un valor de **\$614.713** que la demandada debe consignar debidamente indexadas a favor de la actora, con destino a la administradora de fondos de pensiones citada, por concepto de diferencias en las cesantías.



AÑO	PRIMA DE VACACIONES	DOCEAVA PRIMA DE VACACIONES O PROPORCIÓN AÑO	SALARIO	CESANTÍAS PAGADAS	VALOR REAL CESANTÍAS	DIFERENCI AS CESANTÍAS
2017	\$2.316.015	\$193.001	\$1.781.550	\$1.781.550	\$1.974.551	\$193.001
2018	\$2.454.976	\$204.581	\$1.888.443	\$1.888.443	\$2.093.024	\$204.581
2019	\$2.602.275	\$216.856	\$2.001.750	\$2.001.750	\$2.218.606	\$216.856
TOTAL DIFERENCIAS CESANTÍAS						\$614.713

Conforme a lo anteriormente esbozado, habrá de revocarse la decisión opugnada, para en su lugar, declarar que la demandante es beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la demandada y la organización sindical Sintrafec, y en consecuencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de las primas semestrales y de vacaciones convencionales reclamadas, al igual que la reliquidación de su auxilio de cesantías, en los términos anotados.

COSTAS.

Se revoca la condena en costas impuesta por el *a quo*, para en su lugar, imponerla a cargo de la parte demandada. Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Siente (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en



audiencia pública virtual celebrada el 10 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **DECLARAR** que la señora **MARÍA VICTORIA OROZCO CELSA** es beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** y la organización sindical **SINTRAFEC**, al igual que tiene derecho al reconocimiento y pago de las primas semestrales y de vacaciones convencionales, así como a la reliquidación de su auxilio de cesantías, por las anualidades 2017 a 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** a pagar a favor de la actora la suma de **\$26.497.138**, por concepto de primas semestrales y de vacaciones por los períodos comprendidos entre los años 2017 y 2019, debidamente indexada al momento del pago.

TERCERO: CONDENAR a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** a trasladar a favor de la actora y con destino a la **AFP PORVENIR S.A.** la suma de **\$614.713** a título de reliquidación de cesantías por los años 2017, 2018 y 2019, debidamente indexada al momento del pago.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la llamada a juicio, respecto de las primas extralegales deprecadas, causadas con anterioridad al 8 de julio de 2017.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *a quo*, para en su lugar, imponerla a cargo de la parte demandada. Sin costas en esta instancia.



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

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 DEL ROSARIO FLOREZ CARVAJAL** contra **ANA TILCIA VILLAMIZAR BAUTISTA Y CARMEN LEONOR VILLAMIZAR BAUTISTA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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: La señora MARÍA DEL ROSARIO FLOREZ CARVAJAL solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2016, el cual fue terminado sin justa causa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene pagar auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías e intereses a las cesantías, prima legal, compensación en dinero de las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, aportes al sistema de seguridad social en pensiones causadas entre el 20 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2016; a pagar las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 6 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que prestó sus servicios a favor de Ana Tilcia Villamizar Bautista y Carmen Leonor Villamizar Bautista; que el cargo desempeñado fue el de servicio doméstico interno y asistente de dos personas adultas mayores; que el contrato fue celebrado en forma verbal, desde el 20 de marzo de 2007 al 25 de junio de 2016; que el 25 de octubre de 2012 se llevó a cabo diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo; que el servicio fue prestado de lunes a sábado; que devengó el salario durante el vínculo contractual, a excepción del año 2016, cuando recibió \$750.000; que no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, tampoco le fueron consignadas las cesantías ni reconocidos los intereses causados sobre este concepto; que no le ha sido pagada la prima legal, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa.



CONTESTACIÓN: Las demandadas, **ANA TILCIA VILLAMIZAR y CARMEN LEONOR VILLAMIZAR**, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, entre las partes no ha existido contrato alguno, sin embargo, la actora fue quien decidió dejar de realizar las actividades que desarrollaba. Como medios **exceptivos** propusieron los de, prescripción, prescripción de la indemnización moratoria por no consignación de las cesantías, prescripción de las vacaciones, prescripción de intereses sobre las cesantías, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (fl. 95 archivo 01 del expediente digital).

En audiencia pública celebrada el 2 de febrero de 2021, el juzgado de conocimiento ordenó la continuación del proceso con los sucesores procesales de la señora Carmen Leonor Villamizar Bautista (archivo 09 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 3 de septiembre de 2021, resolvió; **declarar** que entre María del Rosario Florez Carvajal y Ana Tilcia Villamizar Bautista y Carmen Leonor Villamizar Bautista existió un contrato de trabajo entre el 30 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2016, devengando un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad; **condenó** a las demandadas a pagar auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y sanción por no pago de este concepto, compensación de vacaciones e indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, autorizando descontar la suma de \$1.500.000 por pago abono al pago de acreencias laborales; **condenó** al pago de aportes al sistema de seguridad social a la entidad de seguridad social a la cual se encuentre afiliada la



demandante; **absolvió** de las demás pretensiones; **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás; **condenó** en costas a las demandadas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Ahora bien encuentra el despacho debidamente acreditada en el informativo que la demandante prestó sus servicios a la demandada desempeñándose en labores de oficios domésticos, lo cual implica su actividad personal ejecutada dentro de un escenario de subordinación, percibiendo como contraprestación del servicio una asignación equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, constatándose la presencia en dicha vinculación de los elementos esenciales de un contrato de trabajo que se afirma habría finalizado el 25 de junio del 2016 fecha de fallecimiento del señor Luis Raúl Villamizar Bautista hermano de las aquí demandadas, supuesto respecto del cual pues no obra prueba idónea del informativo, no es menos cierto que el despacho lo puede deducir con fundamento en las declaraciones de los testigos y de la contestación de la demanda siendo pertinente señalar que para estos efectos pues partiremos de que la relación laboral habría finiquitado el 25 de junio del año 2016, en consecuencia se declarara que entre la demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo pactado verbalmente y sometido a las reglas de los contratos de duración indefinida vigente al menos desde el 30 de marzo del 2007, pues no existe una prueba distinta que nos permitan deducir una fecha anterior inicial de la relación laboral evidenciada en el sub lite distinta a las declaraciones rendidas en la instancia que habría finalizado el 25 de junio del año 2016, en el marco del cual percibió salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad desde el año 2007 hasta el año 2016, pues no existe prueba idónea alguna con base en la cual pueda deducirse una asignación salarial distinta....”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, solicita se revoque el numeral 4 de la sentencia objeto de reproche, en lo tocante a la imposición de la sanción moratoria, al haber incurrido las demandadas en mora en el pago de las prestaciones sociales y negar la existencia del vínculo contractual que existió entre las partes; que la normativa solamente exige se acredite la mala fe y en el sub lite se encuentra demostrada según su dicho; adicionalmente, reclama se reconozcan derechos ultra



y extra petita en lo tocante, a la deuda de \$12.000.000, que tienen las demandadas frente a derechos de la actora.

Las **demandadas** a través de apoderado judicial, reclaman se revoque la providencia, al estimar que, entre las partes no existió contrato de trabajo, no fueron valorados en debida forma los documentos acopiados a folio 80 a 82 del expediente, ya que en los mismos se encuentra demostrado que el verdadero empleador de la demandante era el señor Luis Raúl Villamizar; que la demandante recibió la suma de \$1.500.000 por el pago de prestaciones sociales, tres días después al finiquito contractual, por lo que, se estaría en presencia de una transacción.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por las accionadas en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 30 de marzo de 2007 y el 25 de junio de 2016; en segundo lugar, se determinará o hará una valoración frente a los documentos alegados por la pasiva, como indebidamente apreciados por el A quo y en tercer lugar, se deberá



determinar si se debe fulminar condena por concepto de sanción moratoria y derechos laborales reclamados en la demanda conforme a las facultades ultra y extra petita.

RELACIÓN LABORAL

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

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

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado en el expediente digital, dentro del cual aparece: certificación suscrita por Ana Tilcia Villamizar (fl. 14 archivo 01 del expediente digital); acta



de trámite adelantado ante la Inspección del Trabajo (fl. 15 archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 16 archivo 01 del expediente digital); requerimiento efectuado por el Subdirector Local para la integración social de Suba (fl. 80 archivo 01 del expediente digital); partida de bautismo de Ana Tilcia Villamizar Bautista y Carmen Leonor Villamizar Bautista (fl. 82 y 83 del archivo 01 del expediente digital); solicitud incoada ante el Ministerio de Trabajo (fl. 84 archivo 01 del expediente digital); recibo de pago formato minerva (fl. 83 archivo 01 del expediente digital); historia clínica de la señora Ana Tilcia Villamizar Bautista y Carmen Leonor Villamizar Bautista (fl. 126 y 144 archivo 01 del expediente digital).

Del mismo modo fueron escuchados los testimonios de Gloria Irene Dioselina Silva y María Cenelia Hernández, así como los interrogatorios de parte practicados a los extremos contenciosos de la *litis*.

De esta manera, a fin de esclarecer el vínculo contractual que ató a las partes, se tiene que a folio 23 del expediente digital, reposa certificación emitida y suscrita por la señora Ana Tilcia Villamizar, de la que se desprende que *«certifico, que la señora María Del Rosario Flórez Carvajal identificada con cedula de ciudadanía No. 27.687.293 de Chitagá Norte de Santander, trabaja en mi apartamento desempeñando el cargo de asistente, tiene al cuidado dos personas adultas mayores, hace más de ocho años devengando un salario de \$750.000 mensuales...»*.

Ahora bien, a la hora de recepcionarse el interrogatorio de parte a la demandada, Ana Tilcia, lo poco que se puede rescatar, dada la avanzada edad de la convocada a juicio, es que, conocía a la demandante y quién se encargaba de pagarle era el señor Luis Raúl Villamizar, su hermano.



A su turno, María del Rosario señaló que, había sido contratada por las demandadas, para cuidarlas, que suscribió el documento obrante a folio 83 del expediente por la presión ejercida por Alex y el hermano; que trabajó en el servicio doméstico; que el salario lo recibía de Leonor o a Anita, a plazos y a veces recibía malos tratos cuando le iban a pagar.

En lo atinente a las testigos Dioselina Silva y María Hernández, fueron contestes en señalar que la demandante, en efecto, prestó sus servicios a favor de las demandadas; la primera de ellas, indicó que, la ex trabajadora no contaba casi con tiempo para descansar porque era interna y a la hora que la necesitaran debía atenderlos, sin embargo, dice no saber el salario pagado a la actora; la señora Hernández, se encargaba del cuidado del señor Luis Raúl (hermano de las demandadas) y María del Rosario de atender a las señoras Ana Tilcia y Carmen Leonor, aunque dice no saber el salario que devengaba la actora.

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Sala, que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues pese al escaso material probatorio aportado a las diligencias, se logró acreditar los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T. Así, en primer lugar, en lo que atañe a la prestación de los servicios personales de la señora Flórez Carvajal en favor de las hermanas, Villamizar Bautista, la misma resulta acreditada, con la certificación vista a folio 14 del archivo 01 del expediente digital y los testimonios recaudados en el proceso.

En lo que refiere a la subordinación, la misma se encuentra probada pues de la prueba testimonial recaudada, las declarantes fueron constantes al indicar que Ana Tilcia y Carmen Leonor eran quienes impartían directamente las ordenes a la señora Flórez Carvajal, tales



como hacer el aseo del apartamento, preparar los alimentos, cuidar a las demandadas y en general los servicios domésticos y al ser una persona de confianza, se le autorizaba para que retirara la mesada pensional de una de las demandadas, situación que guarda relación con la información registrada en la certificación laboral. Del mismo modo, en lo que tiene que ver con la remuneración, no se tiene en el informativo documento alguno que certifique el salario devengado, durante el decurso del vínculo contractual, sin embargo, con el monto señalado en la certificación, se podría tener como salario devengado para el año 2016, la suma de \$750.000, pero al haberse declarado por el juzgado de conocimiento el mínimo legal para cada anualidad, esta Sala de Decisión no puede modificar tal determinación, al no haber sido objeto de reproche por la parte actora y resultar desfavorable para las demandadas, lo que conllevaría a desconocer el principio de no reformatio in pejus.

En cuanto a los extremos del vínculo laboral, estos se pueden determinar con la certificación emitida por la señora Ana Tilcia y por la declaración rendida por la señora Dioselina, quien informó ser coterránea de la actora y por ello, saber que, trabajaba en el apartamento de las demandadas, además, ella era quien se encargaba de reemplazarla los domingos, cuando le daban descansos a la actora, cada quince días y se puede corroborar con la certificación emitida por la demandada y en la que señala que la señora Flórez Carvajal trabaja a su servicio “...hace más de ocho años...”.

De la declaración de la señora María Hernández, no se puede extraer el extremo inicial del vínculo contractual, ya que, dijo haber conocido a la ex trabajadora, tan solo en el año 2011, cuando empezó a cuidar al señor Luis (hermano de las demandadas).



En cuanto al interrogatorio de parte, de la demandante, esta indica haber anotado en un cuaderno o libreta la fecha del inicio de la relación laboral y por ello, tener presente tal información.

Situación disímil resulta con el extremo final del vínculo laboral, dado que, las dos testigos, se muestran reiterativas al señalar que, para la fecha del fallecimiento del señor Luis, la demandante fue despedida, coincidiendo en que ello, ocurrió en junio de 2016, pero la señora María Hernández, estuvo presente en el momento en que el hijo de don Luis despidió a la señora Flórez, encontrándose acreditados los elementos esenciales del contrato.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA DOCUMENTAL ACOPIADA POR LA DEMANDADA

Alega la parte demandada, como indebidamente apreciados los documentos aportados de folio 80 a 82 del expediente, entendiéndose para esta Sala que corresponden a los aportados de folio 84 a 86 del archivo 01 del expediente digital, en el que, obra la solicitud de audiencia de conciliación con relación al pago de prestaciones sociales que presuntamente adeudaba Luis Raúl Villamizar (q.e.p.d.) y entre las cuales estaba la aquí demandante y la señora María Cenelia Hernández, el poder otorgado por las enunciadas señoras al abogado Alexander Torres Hernández y finalmente, la respuesta emitida por la Coordinadora del Grupo de Resolución de Conflictos del Ministerio del Trabajo.

Pese a lo anterior, no encuentra la Sala la indebida valoración probatoria frente a dichos documentos, ya que el solo hecho de que se solicite una conciliación con el fin de reclamar el pago de unas



prestaciones sociales, en manera alguna le resta peso o incide en la reclamación adelantada procesalmente contra las convocadas a juicio y lo probado en el decurso procesal.

DE LAS FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA

El apoderado de la demandante, reclama el reconocimiento de derechos laborales, conforme a las facultades ultra y extra petita, al estimar que se debió ordenar el pago de la suma de \$12.000.000, conforme a la certificación allegada a folio 83 del expediente (fl. 87 del expediente digital).

Para resolver esta dicotomía, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo 244 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CP.T., y de la S.S., dispone que:

«Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso...».

En cuanto a la autenticidad y valor probatorio del aludido documento, 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 en el *sub lite*, se tiene que el documento fue aportado por las demandadas, sin embargo, no se puede pasar inadvertido que, estas son hermanas y que vivían en el mismo apartamento, con su hermano, señor Luis, por lo que, es factible y probable tener un documento como el aquí allegado.

En segundo lugar, no obra firma por parte de las señoras Villamizar Bautista que permita establecer la autoría del documento, tampoco se puede evidenciar logo, improntas o sellos que arrimen al convencimiento de la emisión del mismo.

En segundo lugar, en el interrogatorio de parte, la demandante al referirse al documento, señaló que, este se lo hizo firmar un hijo del señor Luis, reconociendo solo su firma.



Bajo esta óptica, razón le asistía al sentenciador de primer grado al restar valor probatorio al comprobante de pago. Así se afirma, por cuanto como se indicó en precedencia, no existe medio probatorio alguno que conduzca a establecer la autoría del mismo.

Por otro lado, no sobra indicar que, la demandante a la hora de rendir interrogatorio señaló que, los salarios le eran pagados, aunque fuera en plazos y que durante el vínculo que ató a las partes no le pagaron sus prestaciones, por lo que, de acuerdo a lo reclamado en la demanda, se fulminó condena por los conceptos reclamados y que no se encontraban afectados por el fenómeno de la prescripción, luego entonces, reclamar el pago de \$12.000.000, es reclamar un doble pago sobre acreencias reconocidas por el juzgador de conocimiento en la correspondiente sentencia.

SANCIÓN MORATORIA

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

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



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

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si las demandadas lograron acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, se tiene, que ellas no afiliaron al sistema de seguridad social a la demandante y tampoco le pagaron la liquidación de prestaciones sociales durante el tiempo que duró el vínculo laboral, limitándose al pago únicamente de los salarios, que en modo alguno, estos son suficientes para dar por sentada la buena fe de la pasiva, quien, a juicio de la Sala, lo que hizo fue sustraerse del pago no solo de las acreencias laborales, sino de los aportes al sistema de seguridad social integral, soslayando las acreencias laborales de la activa, luego entonces, resulta patente la revocatoria de la sentencia por este concepto.

Debe resaltarse que para la aplicación de la sanción moratoria, la norma, no hace distinción o excepción alguna para su aplicación, y a pesar de la avanzada edad de las demandadas, esto no es óbice para que se aplique la aludida sanción.

Trazados estos lineamientos y teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003, en la medida en que la presente demanda fue radicada pasados los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente resulta impartir condena a las demandadas por el pago de la sanción moratoria, en cuantía igual a un



día de salario, correspondiente a \$22.981,⁸³, de acuerdo al salario declarado por la juez de conocimiento y que no fue objeto de reproche, el cual deberá ser reconocido por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados a la demandante, a partir del 26 de junio de 2016 y hasta el 26 de junio de 2018, se itera, al haberse presentado después de 24 meses al finiquito contractual, equivaliendo dicha sanción a la suma de **\$16.546.917,⁶** y a partir del mes 25, es decir, 27 de junio de 2018, se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas.

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

COSTAS:

Dadas las resultas de los recursos de alzada, se condenará en costas a las demandadas a favor de la señora María del Rosario Flórez Carvajal.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 3 de septiembre de 2021, en el proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA DEL ROSARIO FLÓREZ CARVAJAL** contra



ANA TILCIA VILLAMIZAR BAUTISTA y sucesores procesales de la señora **CARMEN LEONOR VILLAMIZAR BAUTISTA (q.e.p.d.)**, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas a pagar a la demandante, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en cuantía de **\$16.546.917,6**, causados entre el 26 de junio de 2016 y hasta el 26 de junio de 2018, y a partir del mes 25, es decir, 27 de junio de 2018, se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

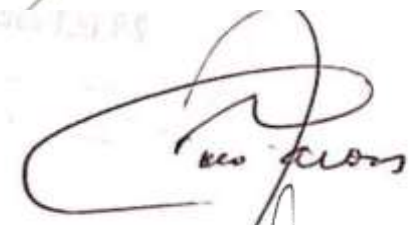
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las demandadas, dadas las resultas de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas, ANA TILCIA VILLAMIZAR BAUTISTA Y CARMEN LEONOR VILLAMIZAR BAUTISTA y a favor de la demandante, MARÍA DEL ROSARIO FLÓREZ CARVAJAL en la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000), para cada una de ellas.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a large, light-colored circular stamp or watermark.

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 **CELSO VANEGAS GÓMEZ** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de enero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos 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 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor CELSO VANEGAS GÓMEZ solicita se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación con el 75% de los salarios devengados durante el último año de servicios, incluyendo la prima de alimentación y prima de junio y diciembre a partir del 1 de junio de 2001; se paguen intereses moratorios e incrementos porcentuales conforme a lo dispuesto por el DANE; a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 67 a 69 del expediente digital (Archivo 01), que en síntesis advierten, que trabajó en el Ministerio de Obras Públicas desde el 28 de septiembre de 1971; que el último cargo desempeñado fue como ascensorista; que fue retirado del servicio con acto administrativo No. 15909 del 9 de noviembre de 1993, a partir del 1 de diciembre de la misma anualidad; que mediante Resolución No. 012174 del 10 de mayo de 2001 la Caja Nacional de Previsión le reconoció la pensión de jubilación; que era afiliado al Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos del Ministerio de Obras Públicas; que era beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas por la entidad y el sindicato; que convencionalmente se encuentra estipulado el reconocimiento de la prima de alimentación; que la convención suscrita en 1992 tenía vigencia por dos años; que CAJANAL no tuvo en cuenta la prima de alimentación al momento de reconocer la pensión; que el 10 de marzo de 2017 solicitó el reajuste de la mesada pensional, la cual fue resuelta en forma desfavorable; que fueron incoados los recursos de ley frente al acto administrativo, los cuales fueron confirmados.



CONTESTACIÓN: La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que las mismas carecían de sustento legal y constitucional al evidenciarse que la entidad ha actuado conforme al régimen aplicable. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, innominada o genérica (fl. 79 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 6 de agosto de 2021, resolvió; **negar** las pretensiones incoadas en la demanda; **condenó** en costas al demandante; **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la UGPP; **ordenó** la consulta a favor del demandante, en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Luego de entrar a verificar si fue incluido como factor salarial la prima de alimentación en el reconocimiento de la pensión de vejez del accionante cabe destacar que conforme se verifica en el certificado de información laboral, certificado de períodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales del Ministerio de Transporte para el año 93, último año de labor, dicho factor fue efectivamente incluido al momento de liquidar y reconocer la prestación económica, así como también se consignan dentro del mismo los valores registrados en la casilla 27, que corresponden a la suma del jornal, más la prima de alimentación, esta prima se constituyó como factor de salario para todos los efectos legales de acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo de fecha 26 de abril de 1978, véase folio 60 y 61 del archivo 001 del expediente digital.

(...)

... En virtud de lo anterior se logró establecer que dichos factores fueron efectivamente incluidos en el reconocimiento de la mentada pensión de vejez



por parte de CAJANAL, tal y como se avizora a folio 61 y 62 del archivo 01 del expediente digital...”

CONSULTA

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

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de la demandada, **UGPP**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, al demandante se le debe liquidar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte demandante 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 reclamación presentada ante la UGPP el 10 de marzo de 2017 (Archivo 02 del expediente digital, archivo 201750050722762-1), de la que se desprende que ante dicha entidad se presentó la demandante a reclamar la reliquidación pensional.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión y consecuencia de ello, se deben incluir todos los factores salariales devengados por durante el último año de servicio.

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor CELSO VANEGAS GÓMEZ, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 012171 del 10 de mayo de 2001 y en el que se señala como fecha de status el 9 de enero de 2001, de conformidad con lo dispuesto en el Decretos 2143 de 1995 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$411.164,⁰⁴ a partir del 9 de enero de 2001.

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la



Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo. Parámetros que no escapan a las prestaciones del sector público, conforme se determinó en la Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará 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, copia de la Reoslución No. 012171 del 10 de mayo de 2001 (fl. 12 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Convención Colectiva del año 1978 (fl. 16 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Resolución No. RDP 033007 del 24 de agosto de 2017 (fl. 55 del archivo 01 del expediente digital); certificado de información laboral del actor (fl. 60 del archivo 01 del expediente digital); expediente administrativo del demandante (archivo 02 del expediente digital),

De las probanzas allegadas al expediente procesal, se colige que, Celso Vanegas Gómez nació el 9 de enero de 1946; que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el 13 de febrero de dicha calenda, contaba con 39 años de edad y con 13 años, 4 meses, 2 semanas y 2 días laborados para el Ministerio de Obras Públicas, (archivo 01 del expediente digital, fl. 60); por otro lado, que el status de pensionado lo adquirió el 9 de enero de 2001, conforme a lo establecido en el acto administrativo de reconocimiento pensional, el cual fuera enunciado en forma precedente; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.



Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal, se tiene que bajo las determinaciones plasmadas por el extinto CAJANAL en la Resolución 012171 del 10 de mayo de 2001, el accionante es beneficiario del régimen de transición concretado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, excluyéndose del debate probatorio tal tópico.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que Celso Vanegas Gómez cumple con las previsiones para el reconocimiento pensional, en los términos de la Ley 33 de 1985 que reguló para la adquisición del derecho pensional en su artículo 1º, contar con *«el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio»*

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, que para la pensión de jubilación establecida en la ley 33 de 1985, el monto de la mesada pensional debe ser el 75% del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior a 10 años, como así lo indicó en la sentencia 37033 del 29 de mayo de 2013, MP LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, en la que reitera las sentencias 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año, relativas al tema en comento, donde enseñó:

“Precisamente, en un asunto en contra de Caprecom, la Corte en reciente decisión de 12 de diciembre de 2007, radicación 31709, ratificada el pasado 20 de mayo de 2008, radicación 30824, así razonó:



“En todo caso, el Tribunal Superior no incurrió en el desacierto que le atribuye la censura, pues ninguna duda existe en cuanto a que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece una ultractividad restringida de algunas normas pensionales derogadas por el nuevo sistema de seguridad social. Ello quiere decir, entonces, que el derecho de quien cumple con una de las condiciones señaladas en la mencionada norma, para continuar en el régimen de pensiones del sistema en cuyo espectro de aplicación se encontraba el 1º de abril de 1994, está sometido a las precisas establecidas en la misma. Más concretamente cabe afirmar que la edad, el tiempo de servicios o las cotizaciones al sistema, y el monto de la pensión, será el determinado en el estatuto legal cuya aplicación ultractiva se reclama. Para el caso bajo examen, el de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 2661 de 1960, esto es, una edad de 50 años, 20 años de servicio y un monto del 75% del ingreso base de liquidación. Pero la forma de calcular éste no es el señalado en ese régimen pensional, porque de manera expresa el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde su original redacción, dispone perentoriamente el modo de establecer el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición.”

(...)

“En tales circunstancias, tiene razón el ad quem al negar la pretensión de reliquidación de la pensión del actor, pues éste al entrar en vigencia tal normatividad, tenía una mera expectativa de tal derecho, faltándole menos de 10 años para adquirirlo, y por lo tanto el ingreso base de liquidación de su pensión debe determinarse del promedio de lo devengado durante el tiempo que la hacía falta para alcanzar el estatus de pensionado, y no el de lo devengado durante el último año de servicios, como lo pretende.”

Consideración que ha sido aceptada por esta Sala de Decisión, ya que la Ley de Seguridad Social expresamente señaló que a los afiliados cubiertos por el régimen de transición se les mantendrían las condiciones para acceder a la pensión de vejez en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, pero las demás condiciones y requisitos aplicables a aquellas personas se regirían por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, es decir, el propio texto normativo permite una clara interpretación y en esa medida debe el juzgador observar el espíritu de la ley y ajustarla al caso concreto.

Lo anterior se acompasa en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en sentencia SU – 230 de 2015, en la que indicó:



“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Ahora en lo que a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión se refiere, es del caso indicar, que la Corte Constitucional en sentencia C – 258 de 2013, al estudiar la exequibilidad del artículo 17 de la ley 4 de 1992, cuyo contenido es similar al establecido en las normas de transición establecidas para los servidores públicos, indicó:

*“... la Sala considera necesario además condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y **sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.**” (Negritas fuera de texto)*

Con base en la sentencia en cita, se tiene que para liquidar las pensiones reconocidas bajo los parámetros del régimen de transición a los servidores públicos, se debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones y que tengan el carácter remunerativo del servicio, ahora en tratándose de tiempos de servicio no cotizados, los factores para tener en cuenta con los contenidos en el decreto 1158 de 1994, cuyo artículo 1º señala:

“ARTICULO 1o. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*



- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

Revisado entonces el acto administrativo 012174 del 10 de mayo de 2001 se constata que la UGPP concedió la pensión del demandante teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma en cita y los parámetros hasta aquí trazados, sin que sea dable para esta Corporación ordenar la reliquidación pensional en los términos que anhela el promotor, conforme lo hasta aquí expuesto, razón por la cual se confirmara la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

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

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 6 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CELSO VANEGAS GÓMEZ** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA**



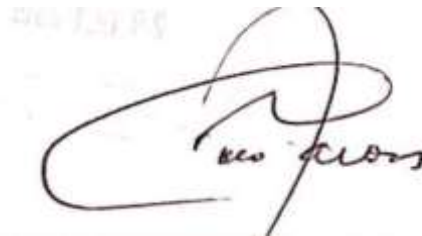
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

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

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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