



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> «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»



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

### **S E N T E N C I A**

**DEMANDA:** El señor **LUIS EDUARDO ESPITIA MONTAÑO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del contrato de afiliación que suscribió con la AFP Porvenir S.A., el 8 de noviembre de 2000, al encontrarse afectado por un vicio en el consentimiento; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones los saldos con los detalles y rendimientos respectivos; condenar a Colpensiones a activar su afiliación y admitir los dineros trasladados por la AFP para que sea esta Entidad la encargada de administrar los recursos para el reconocimiento de la pensión de vejez; condenar a Colpensiones a liquidar, reconocer y pagar la pensión de vejez con forme lo prevé la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y condenar a las demandadas en costas. (fl. 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 20 de octubre de 1954; que se afilió al otrora Instituto de los Seguros Sociales el 16 de enero de 1978 y aportó allí un total de 822.86 semanas hasta el 31 de diciembre de 2000; que el 8 de noviembre de 2000, realizó traslado de régimen pensional CON DESTINO A LA AFP Porvenir S.A.; que en ningún momento el asesor del fondo privado le explicó la existencia de los dos regímenes pensionales; que basó su decisión en que el ISS se iba a liquidar, que su dinero iba a estar más seguro en la AFP privada, que los fondos privados brindaban mayor rentabilidad y que podía pensionarse antes de los 62 años; que actualmente cuenta con un total de semanas cotizadas de 1.692.57; que el 16 de marzo de 2016, peticionó una simulación pensional ante la AFP Porvenir S.A., la cual le arrojó un valor de mesada



sobre el salario mínimo legal mensual vigente; que el 23 de octubre de 2019, presentó ante Colpensiones solicitud de nulidad y/o ineficacia de la afiliación, la cual fue rechazada por la Entidad.

**CONTESTACIÓN:** la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedida de la expresión libre y voluntaria del afiliado, sumó a ello, que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el numeral 2° de la Ley 797 de 2003 y tampoco es beneficiario del régimen de transición que le permita trasladarse en cualquier tiempo entre regímenes pensionales. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. (fl. 47 a 60).

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



prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 78 a 102).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 19 de enero de 2021, resolvió **declarar** la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., para así tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración; **ordenar** a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **declarar** que el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecen los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9ª de la Ley 797 de 2003, a partir del 20 de octubre de 2016; **condenar** a Colpensiones a pagar al demandante la pensión de vejez, en los términos dispuestos en el numeral anterior, pero con la aclaración que la misma será efectiva a partir de la fecha de desafiliación al sistema, teniendo en cuenta para la liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada y teniendo en cuenta para la base de la liquidación los diez años anteriores o los de toda la vida, lo que le resulte más favorable, prestación que se deberá pagar con los reajustes anuales y debidamente indexada; no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas; **condenar** en costas a la encartada Porvenir S.A. (fl. Cd. 202).

Lo anterior por considerar el *a quo* que ha sido constante y sentada la jurisprudencia del Órgano de cierre en materia ordinario laboral, en señalar que existirá ineficacia en el traslado siempre que no se acredite el cumplimiento del deber de información que le asiste a



las AFP para con los afiliados, sin importar si se es o no beneficiario del régimen de transición. Deber de información que surge desde el nacimiento mismo de los fondos privados, el cual no se acreditó en el sub lite, pues tan sólo se acompañó el formulario de afiliación, sin que de aquel se advierta la asesoría en los términos de profesionalismo que exige la norma y la jurisprudencia. Ahora bien, frente al reconocimiento del derecho pensional, se tiene que revisado el material probatorio incorporado, el demandante acreditó el cumplimiento de la edad el 20 de octubre de 2016, data para la cual ya contaba con el 1.674 semanas de cotización, lo que lo hace merecedor de la prestación que por esta vía reclama.

#### **RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, inconforme con la anterior decisión, formuló censura en la que expuso como motivos de disidencia, que en principio debe tenerse en cuenta que el demandante guardó silencio por más de 10 años respecto de la información que le fue proporcionada el 8/ de noviembre de 2000 por parte de la AFP Porvenir S.A., lo que permite denotar por parte de aquel, un abandono respecto a su situación pensional, sumó a ello, que el actor efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, otorgándosele así plena validez al acto jurídico celebrado, aunado a que, al interior del proceso no logró demostrar causal alguna de nulidad que pudiese afectar el acto de afiliación. Por último, en lo que atañe al reconocimiento pensional, se debe tener en cuenta que en la Entidad no reposa ningún detalle de los periodos efectivamente cotizados por el promotor del juicio, lo que implica que se presente una imposibilidad de cara al estudio de la prestación reclamada.

A su turno, la demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior



determinación, en el que expuso que en primer lugar debe tenerse que el traslado efectuado por el demandante se realizó de manera libre y voluntaria, tal como el mismo actor lo expresó en su declaración de parte, sumó a ello, que la AFP cumplió con el deber de información pues dio cumplimiento a cada una de las exigencias que se le imponían en su momento a las Administradoras de Fondos de Pensiones, por lo que resulta improcedente exigir la acreditación de comparaciones o proyecciones pensionales o cualquier otra documental que no fuese exigida para la época de la afiliación, del mismo modo, el simple inconformismo frente al valor de la mesada pensional, no se traduce en la anulación de la afiliación. Por último, de accederse a las pretensiones de la demanda, peticiona la no condena por concepto de devolución de gastos de administración y seguros previsionales, en tanto dichos conceptos tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida por la sociedad.

#### **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

**Parte demandante:** La parte demandante **Luis Hernando Espitia Montaña**, al descorrer el traslado para alegar de conclusión solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al considerar que AFP Porvenir S.A., no cumplió con el deber de información, así como lo establece el Decreto 692 de 1994 y las sentencias SL4360 de 2019 y SL17595 del 18 de Julio de 2017, las cuales consagran el principio de la carga de la prueba, pues la demandada no probó lo contrario de lo planteado en el libelo demandatorio.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**Parte demandada:** La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, presentó escrito de alegaciones de conclusión en los que petitionó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que el acto jurídico de afiliación suscrito entre la demandante con la AFP cuenta con plena validez, surgiendo la necesidad para la parte actora de demostrar los vicios en el consentimiento que puedan decantar en la anulación del traslado, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 797 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,

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

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 36 a 38 del informativo.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandas en los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación



realizada por LUIS HERNANDO ESPITIA MONTAÑO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

Y de ser afirmativa la anterior premisa, establecer si la demandante tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez.

### **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 22); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 23 a 27 y 64 a 68); formulario de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 28 y 103); historia laboral emitida por Porvenir .S.A. (FL. 29 a 33); simulación pensional emitida por Porvenir S.A. (fl. 34 y 35);reclamación administrativa (fl.36 a 38); expediente administrativo (fl. 63); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 104)reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 105 y 106); resumen de historia laboral (fl. 107 a 111); relación histórica de movimientos emitida por Porvenir S.A. (fl. 112 a 124); comunicados de prensa (fl. 125 a 127).

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



*operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

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

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

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

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



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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede 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 prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

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

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por 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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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.º. 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 impartió la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima 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 impartió la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

#### **1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible**

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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.

### **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de enero de 1978 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 64 a 68 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 8 de noviembre de 2000 (fl. 28), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folios 105 y 106 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 28).



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 *«Yo trabajaba en una empresa, la empresa estaba en un proceso de terminación, en todo caso fue que aparecieron los señores de los fondos y sin ningún hostigamiento ante mí, lo único que me dijeron era que el Seguro se iba a acabar, que el fondo de pensiones que se había creado era mucho mejor, me iba a brindar las mismas garantías, que la plata iba a ser bien cuidada, que, que me podía pensionar mucho antes y eso, pero ante eso yo no recibí ninguna asesoría de nada, de ninguna de las dos partes, de Colpensiones ni de nada, no me dijeron que existía eso de la prima media ni nada, sino que firme aquí el papelito y yo lo firme... pues el seguro se iba a acabar y yo en esa época pues todavía no me hacía a la idea que tenía que pensionarme algún día, entonces pues lito firme sin nada de eso pero pues con el agravante que ya cuando se firmó pues vea las cosas todo cambió...»*. (Cd. Fl. 198).

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

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



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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada y Porvenir S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a que tales dineros tienen una destinación legal y ya fueron invertidos para la debida administración de los recursos del actor.

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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

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

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

(...)

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto.



## **PENSION DE VEJEZ**

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si el demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que el demandante nació el 20 de octubre de 1954, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 22 del informativo, lo que implica que cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2016, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran a folios 29 a 33, se establece que cotizo 1.674 semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumple por parte del demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidara conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, prestación que como lo señaló el funcionario judicial de primer grado, se encuentra causada desde el 20 de octubre de 2016, pero



su disfrute estará sujeto a la desafiliación del sistema. Por lo expuesto, surge la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

## **COSTAS**

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

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 19 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS EDUARDO ESPITIA MONTAÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Aclara Voto

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR TELECOM Y OTROS** CONTRA **JOSÉ MEIDELSO TORRES BELTRÁN**

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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,

---

<sup>1</sup> «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

## S E N T E N C I A

**DEMANDA:** Las sociedades FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIAR S.A. como integrantes del Consorcio de Remanentes TELECOM, el cual a su vez actúa como administrador y vocero del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADOS EN LIQUIDACIÓN-PAR, promovió demanda ordinario laboral en contra de JOSÉ MEIDELSO TORRES BELTRÁN, para que previo el trámite procesal correspondiente se declare que el demandado está obligado a reintegrar al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM- PAR TELECOM la suma de \$240.303.604, en virtud de la sentencia SU-377 de 2014, proferida por la Corte Constitucional, junto con los intereses moratorios desde el 12 de junio de 2014 hasta el momento en que se efectúe el pago, al igual que las costas y agencias en derecho. (folio 5)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 5 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que el demandado era trabajador oficial de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom, quien posterior al retiro de la entidad instauró acción de tutela contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM – PAR, la cual correspondió al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lorica – Córdoba, y en la que solicitó su inclusión dentro del Plan de Pensión Anticipada; que el Juzgado en mención mediante sentencia del 1° de septiembre de 2009, amparó los derechos fundamentales del accionado y ordenó al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM – PAR, incluirlo en el Plan de Pensión Anticipada, al igual que pagarle las mesadas correspondientes desde la fecha de su desvinculación real; decisión que fue conformada mediante sentencia del 5 de octubre de 2009, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Lorica – Córdoba; que el PAR TELECOM procedió a dar cumplimiento al fallo de tutela haciéndole los pagos ordenados en dichas providencias al demandado; que con posterioridad, la H. Corte Constitucional, mediante



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

sentencia de unificación SU-377 del 12 de junio de 2014, revocó los fallos proferidos a favor del demandado, para en su lugar, declarar improcedente el amparo deprecado, lo cual deja sin sustento jurídico la suma de dinero que se le pagó al aquí convocado por concepto de mesadas por pensión anticipada, cuyo monto ascendió a \$240.303.604.

**CONTESTACIÓN:** El demandado **JOSÉ MEIDELSO TORRES BELTRÁN** se opuso a las pretensiones indicando que no existe obligación jurídica, fáctica, ni normativa o jurisprudencial que disponga la devolución de los dineros, puesto que en la sentencia SU-377 de 2014 nada se estableció frente al tema económico; adicionalmente, menciona que los dineros recibidos por el demandando de parte de PAR TELECOM, lo fueron por el amparo de un derecho reconocido, en mandato judicial; y si bien, la Corte Constitucional en instancia de revisión de los fallos de tutela, revocó las providencias de los jueces constitucionales de segunda instancia, ello tuvo lugar por considerar la Alta Corporación que la acción de tutela era improcedente al no desmotarse cumplido el principio de inmediatez, sin negar el derecho al Plan de Pensión Anticipada. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del enriquecimiento sin causa y prescripción de la acción (fls. 161 a 179)

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública virtual celebrada el 3 de febrero de 2021, decidió **ordenar** al demandado devolver la suma de \$240.303.604 que recibió del PAR TELECOM, en virtud del plan de pensión anticipada; **ordenar** al convocado a reconocer y pagar los intereses moratorios sobre la suma anterior, a partir del 12 de junio de 2014, conforme a los que se encuentren vigentes para el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación; **conminar** a la parte accionante



para que conceda un plazo prudencial o permita que el demandado efectúe la devolución del dinero en cuotas o montos, sin que se llegue a afectar su mínimo vital, salvo que este tenga la capacidad económica para efectuar el pago de manera inmediata y así lo manifieste; **declarar** no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de enriquecimiento sin causa; sin condena en costas. (Cd. a folio 191).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, la acción de amparo de la cual se derivó el pago a favor del demandado quedó sin efecto jurídico en virtud de la sentencia SU 377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, lo que deja sin justo título, los dineros a este entregados, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 306 de 1992, surgiendo así para el actor la obligación de reembolsar los valores percibidos, al perder vigor la sentencia de tutela que ordenó su pago, y por ende las órdenes administrativas que le siguieron para su cumplimiento; máxime que los pagos que le fueron reconocidos se encuentran demostrados con los comprobantes de nómina, la certificación expedida por la activa y el comprobante de depósito judicial. Agrega que es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde la fecha de la sentencia proferida por la Corte Constitucional, que lo fue el 12 de junio de junio de 2014. Concluye indicando que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, dado que la sentencia de unificación fue objeto de aclaración y adición, lo cual fue resuelto en Auto del 22 de octubre de 2015, fecha esta en la que cobró firmeza tal decisión, y que por lo mismo debe tomarse como la data a partir de la cual corre el término trienal del que tratan las leyes sustanciales y adjetivas del trabajo.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

El demandado **JOSÉ MEIDELSO TORRES BELTRÁN** elevó **recurso de apelación** contra la anterior determinación, manifestando en síntesis, como motivos de disidencia que, se han desconocido por parte del Juzgado de Conocimiento, los artículos 151 del CPT y de la SS y el 488 del CST, dado que la sentencia SU 377 cobró ejecutoria el mismo día de su notificación que lo fue el 29 de septiembre de 2014, precisando que el



auto aclaratorio no tiene ninguna incidencia sobre la firmeza de la misma. Añade que se han violentado los principios de buena fe y confianza legítima, en tanto el A Quo se negó a dar aplicación a la sentencia T-214 de 2018, la cual si bien tiene efectos *inter partes*, lo cierto es que su motivación o justificación tiene efectos *erga omnes*.

### **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:** Señala que como lo advirtió el fallador de primera instancia, la decisión de la Corte Constitucional deja sin efectos las decisiones tomadas por los jueces precedentes y en consecuencia la cosas vuelven al estado inicial, lo que de suyo implica que el demandado no debía recibir ningún dinero por la reclamación que presentó ante el PAR TELECOM, siendo claro que el estudio del presente acaso no implica ningún análisis desde la mirada de la buena o la mala fe del convocado.

**Parte demandada:** Aduce que la Sala de Revisión Séptima de la Corte Constitucional en la Tutela T-214 de 2018 de fecha 1º junio de 2018, aclaró las decisiones tomadas en la SU-377, sobre el reintegro de los dineros pagados con ocasión del Plan de Pensión Anticipada, y en ese sentido, precisó que la sentencia de unificación no reconoció un derecho económico en favor del PAR, que debiera ser satisfecho por el beneficiario de la prestación que finalmente fue revocada por la Corte, ni tampoco constituyó un título jurídico que le permitiera a dicha entidad solicitar de manera directa la devolución de lo pagado; además, a los ojos de dicha Corporación, los fallos decaídos, mientras estuvieron vigentes, fueron causas legales para el desplazamiento patrimonial que ahora el



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

demandante erige como enriquecimiento sin causa. Precedente jurisprudencial que, confirma que la recepción de los dineros recibidos con ocasión de las acciones de tutela que reconocieron el Plan de Pensión Anticipada a varios ex trabajadores de Telecom, están plenamente justificados o tuvieron una causa legal y por lo tanto no existe enriquecimiento sin justa causa.

Añade que, existe otro precedente jurisprudencial constitucional, que el fallador de primera instancia no acató, según el cual en los casos en los que se analice una posible irregularidad en el reconocimiento por vía judicial de prestaciones pensionales, se debe valorar la conducta y posible afectación de los derechos de los implicados en la decisión, de manera que, de encontrarse que no existe de su parte abuso del derecho ni fraude a la ley, no habrá lugar al reintegro de las sumas de dinero ya canceladas, pues se presume que las mismas fueron percibidas de buena fe y conforme al principio de confianza legítima, precisamente, al estar fundadas en un título jurídico derivado de una decisión judicial que produjo sus efectos antes de ser revocada. Concluye afirmando que la juez de primera instancia se equivocó al considerar que el término de prescripción debía contarse a partir de la ejecutoria del Auto 503 de 2015, aclaratorio de la sentencia SU 377 de 2014, interpretación que resulta equivocada por cuanto, la obligación de restitución de los dineros no debidos, nace el día en que quien pagó lo no debido tuvo conocimiento de ese pago indebido.

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

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

alzada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T y la S.S, es del resorte de esta Corporación proceder a determinar si el señor JOSÉ MEIDELSO TORRES BELTRÁN se encuentra obligada a devolver a la demandante, la suma de \$240.303.604 recibida por concepto de mesadas pensionales.

En caso de salir avante tal reclamación, habrá de establecerse si sobre la misma ha operado el fenómeno de la prescripción.

### **REEMBOLSO DE MESADAS PENSIONALES**

Sobre el particular, resulta imperioso para esta Sala proceder a determinar si a la parte demandante le asiste el derecho a obtener el reembolso de las mesadas pensionales anticipadas canceladas al demandado.

Pues bien, para dilucidar este problema jurídico, resulta preciso recordar que el demandado junto con otras personas, en el año 2009, iniciaron una acción de tutela contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de la pensión anticipada de la extinta TELECOM, respecto de la cual, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lorica - Córdoba en primera instancia decidió tutelar y ordenar incluir al demandado en el Plan de Pensión Anticipada, así como pagarle las mesadas correspondientes desde la fecha de su desvinculación real (fls. 134 a 142); decisión que fue confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Lorica Córdoba, mediante proveído del 5 de octubre de 2009 (fls. 143 a 151).

Pese lo anterior, a través de la SU-377 de 2014, la Corte Constitucional decidió revocar las sentencias proferidas por el Juzgado Primero



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Promiscuo Municipal de Lorica – Córdoba y el Juzgado Promiscuo de Familia de Lorica - Córdoba, para en su lugar negar el amparo solicitado. (Cd. a folio 152).

Decisión respecto de la cual se elevó por parte de la aquí demandante, solicitud de aclaración, adición y corrección, que fuere resuelta mediante el Auto 503 de 22 de octubre de 2015, en cuyos considerandos la Corte Constitucional indicó que el PAR de TELECOM, podía hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación desapareció.

De lo dicho en precedencia, la Sala infiere que los pagos percibidos por el demandando a título de pensión anticipada, conforme se encuentra debidamente probado de las consultas de pagos a terceros del Banco de Occidente y el comprobante de depósitos judiciales, obrantes a folios 124 a 133, al igual que de la certificación visible a folio 123, con fundamento en las sentencias de tutela proferidas el Juzgado Primero Promiscuo de Lorica – Córdoba y el Juzgado Promiscuo de Familia de Lorica - Córdoba, perdieron cualquier fundamento jurídico, luego de ser expedida la SU-377 de 2014, deviniendo en lógica la devolución de dichos emolumentos, pues de no ser así, existiría un enriquecimiento sin justa causa, sustentado en un aumento patrimonial del demandado y un correlativo empobrecimiento de la entidad demandante, sin que medie una justa razón para ese enriquecimiento, en la medida en que la sentencia de tutela en virtud de la cual se dieron los pagos, quedó sin efectos tras la expedición de la SU-377 de 2014, desapareciendo el soporte jurídico para que el demandado recibiera las mesadas derivadas de la pensión anticipada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Cumpléndose de esta manera los presupuestos propios de esta figura, acorde a lo enunciado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil en providencia del 4 de abril de 2013, al explicar:

*“En síntesis, la acerada jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa exige, tanto en materia civil como mercantil, que un individuo obtenga una ventaja patrimonial; que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba a u origine en el otro; que el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique, o lo que es igual, que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada; que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio<sup>2</sup>; y, que, con el ejercicio de la acción no se pretenda soslayar una disposición legal imperativa”.*

De cara a lo indicado, pese a que en la sentencia SU-377 de 2014, la Corte Constitucional no hubiere dispuesto expresamente la devolución de los dineros recibidos por el convocado, con sustento en lo previsto en la sentencia de tutela proferida el 1º de septiembre de 2009 por el Juzgado Primero Promiscuo de Lorica – Córdoba. Es patente que al revocarse la misma, desaparecen los efectos jurídicos de esta y ello conlleva a que emerja para el llamado a juicio, la obligación de restituir los dineros percibidos a título de pensión anticipada por valor de \$240.303.604, tal y como lo dispuso la Juez de primera instancia, máxime que como se indicó, se encuentra claramente demostrado de la certificación y los comprobantes de transferencia adosados al proceso, que TORRES BELTRÁN percibió la suma de dinero en mención (fls. 123 a 133).

No siendo atendible lo aducido en la alzada por el accionado en lo que se refiere a la aplicación al caso de marras, de lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia T-214 de 2018, en la cual la Alta Corporación no accedió al amparo de los derechos fundamentales

---

<sup>2</sup> Se resalta.



invocados por el PAR TELECOM al aducir una presunta vulneración por parte del Juzgado Laboral del Circuito de Sevilla dentro del proceso ordinario laboral de única instancia promovido contra el señor César Olmedo Triana Quiroz, en el cual dicha autoridad judicial, no accedió a la devolución de las sumas de dinero que le fueron reconocidas y pagadas a éste.

Ello por cuanto, como lo estableció la propia Corte Constitucional en el Auto 503 de 2015, que aclaró y corrigió la sentencia SU 377 de 2014:

*“Las sentencias de los jueces de tutela tienen efectos inter partes.[27] Es decir, que solo definen o modifican las circunstancias jurídicas de las personas que fueron parte del proceso constitucional, sin que puedan asignarle un derecho o crearle una obligación a algún tercero que no ha sido convocado.[28] Los efectos de la decisión se limitan al caso que se estudia, y todas las órdenes que se emitan deben estar dirigidas para que “aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo” (art. 86, CP).*

*5.4.3. Excepcionalmente la Corte Constitucional emite sentencias con efectos inter comunis, cuya implicación es extender las órdenes que en ella se imparten hacia personas que no son accionantes, pero se encuentran en condiciones comunes a las de los afectados que sí son parte en el proceso...”*

Siendo que el tipo de decisiones *inter comunis* se refiere a las sentencias de unificación proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que no se corresponde con la sentencia de tutela que la parte convocada pretende le sea aplicada a su caso particular.

En lo que atañe a los principios de buena fe y confianza legítima, se entiende en que una vez se presenta el cumplimiento de la obligación y se reciben los dineros, viene la impugnación y luego sede de revisión de la sentencia de tutela, como aquí aconteció; siendo importante acotar que una vez se presenta la decisión en revisión ya no puede hablarse que



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

media buena fe, pues se entiende que al estar en cuestionamiento la decisión, es posible que hubiese sentencia y que la Corte Constitucional revocara la decisión como en efecto lo hizo, entonces, esa confianza legítima no puede considerarse definitiva porque está la posibilidad de que se falle en contrario y quien recibió el dinero estaba ante la posibilidad de que pudiese revocarse la decisión, como en efecto ocurrió; de manera que estos principios no son escudo suficiente para considerar que los dineros no deben ser devueltos.

De suerte que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia sobre este aspecto, lo cual no puede concluirse de la condena accesoria como los son los intereses moratorios, dado que los mismos se sustentan en la mora en el pago de la obligación debida por parte del deudor, que no puede predicarse en el *sub examine* desde la fecha en que fue proferida la sentencia SU 377 del 2014, por cuanto sólo hasta la data en que se profiere la presente decisión, se determina que efecto se dan las condiciones para la procedencia del reembolso reclamado, con sustento en la verificación de un enriquecimiento sin justa causa por parte de extremo pasivo.

De suerte que, se procederá a modificar la sentencia discutida, en el sentido de reconocer los intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la presente decisión, siendo que los mismos deben corresponder a los legales, dada la naturaleza jurídica de la obligación, en tanto no le resultaría aplicable, los previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ni los intereses comerciales aludidos en los artículos 884 y 1163 del Código de Comercio, quedando como única posibilidad acudir al interés legal previsto en el artículo 1617 del Código Civil equivalente al 6% anual.



## **PRESCRIPCIÓN**

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

Bajo esta perspectiva, para esta Sala, el término para el recobro de las mesadas de la pensión anticipada, canceladas en virtud del fallo de tutela proferido el 1º de septiembre de 2009 por el Juzgado Primero Promiscuo de Lórica – Córdoba, no corre a partir de la expedición de la sentencia SU-377 de 2014, emitida el 12 de junio de esa anualidad, como lo pretende el apelante, sino desde que se profirió el Auto 503 del 22 de octubre de 2015, mediante el cual se aclaró y corrigió la sentencia de unificación en mención.

Lo anterior, porque como la misma Corte Constitucional lo indicó en el auto referido, se ha admitido, con carácter excepcional, la procedencia de la aclaración o adición de sentencias de tutela proferidas en sede de revisión, cuando la solicitud sea presentada dentro del término de ejecutoria de la sentencia, esto es, dentro de los 3 días siguientes a su notificación, por una persona legitimada para tal fin, que haya sido parte en el proceso; solicitud que debe versar sobre conceptos o frases que objetivamente ofrezcan duda, siempre que estén ubicadas en la parte resolutive, o en la motiva si influyen en aquella; precisando que en el caso de la adición, ella procede ante la omisión de la Corte de resolver cualquiera de los extremos de la litis o de otro aspecto que debía ser objeto de pronunciamiento; todo ello, con sustento en los artículos 286 y 287 del CGP, siendo igualmente aplicable lo que al respecto ha previsto el artículo 302 *ejusdem*, en relación con la ejecutoria de las providencias, en



el sentido que éstas quedarán ejecutoriadas, y por ende cobrarán firmeza, una vez se resuelva la solicitud de aclaración o complementación que sobre ellas se formule.

En ese orden de ideas, tal y como lo entendió el A Quo, la sentencia SU 377 de 2014, cobró firmeza una vez fue resuelta su solicitud de adición, aclaración y corrección, que lo fue a través del Auto 503 del 22 de octubre de 2015, y como quiera que la demanda se formuló el 23 de noviembre de 2017, según da cuenta el acta de reparto (fl. 153), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal requerido para que operara el fenómeno jurídico de la prescripción.

Dimanando en la confirmación de la sentencia de primera instancia.

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de la parte apelante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, liquídense en primera instancia.

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 3 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – TELECOM Y OTROS** CONTRA **JOSÉ MEIDELSO TORRES BELTRÁN**, en el sentido de ordenar al demandado a reconocer



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

y pagar los intereses por mora de que trata el artículo 1617 del Código Civil, sobre la suma dineraria objeto de reembolso, los cuales se causan desde la fecha de ejecutoria de la presente decisión hasta la data en que se efectúe el pago, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de la parte apelante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, liquídense en primera instancia.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA ROSA ACEVEDO** CONTRA **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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,

---

<sup>1</sup> «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:** La señora **ANA ROSA ACEVEDO** a través de apoderado judicial, pretende se imparta condena en contra de la demandada, encaminada a que se le reconozca y pague la reliquidación de la sustitución pensional de la que es beneficiaria a partir del momento en que cumplió los requisitos legales; así mismo, se condene a la pasiva al reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas reconocidas, las costas y agencias en derecho. (fl. 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 3 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que el señor Francisco Daviel Castrillón Urrea falleció el 30 de noviembre de 2002; que mediante Resolución 1607 de 20 de junio de 2003, se le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso del señor Castrillón Urrea; que en la citada resolución se le estableció un IBL de \$910.754, teniendo en cuenta los tiempos cotizadas durante toda la vida laboral; que si se toma el ingreso base de liquidación de los últimos 10 años se tendría la suma de \$952.812; que promovió demanda en contra de Colpensiones a efectos que se le concediera la prestación de sobrevivencia bajo los apremios de la condición más beneficiosa, proceso que fue conocido por el Juzgado Primero (1°) Laboral de Manizales, oportunidad en la que se accedió a las pretensiones de la demanda; que mediante Acto Administrativo 376632 de 24 de noviembre de 2015, la demandada dio cumplimiento a la orden judicial, liquidando la prestación con el IBL de los tiempos cotizados durante toda la vida y con una tasa de remplazo del 69%; que el 6 de febrero de 2018, solicitó el estudio de la prestación pensional teniendo en cuenta para ello el IBL de los últimos diez años, pedimento que fue negado mediante Resolución SUB 48058 de 26 de febrero de 2018.



**CONTESTACIÓN:** La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la Entidad en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Primero (1º) Laboral de Manizales le reconoció la pensión de sobrevivientes a la actora, teniendo en cuenta para ello lo previsto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que regula la prestación de sobrevivientes. Excepciones: Formuló los medios exceptivos que denominó cosa juzgada, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 42 a 46).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2020, **condenó** a la demandada a pagar a la demandante las diferencias pensionales causadas entre la pensión reconocida en la Resolución GNR 376632 de 24 de noviembre de 2015 y la reliquidada por este Juzgado, a partir del 6 de febrero de 2015, en cuantía pensional para esa anualidad de \$1'088.005, sumas debidamente indexadas, aclarando, que el retroactivo causado y liquidado entre dicha data y noviembre de 2020, asciende a la suma de \$167'760.479, autorizando a la pasiva a realizar los respectivos descuentos con destino al sistema general de seguridad social en salud; **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probado parcialmente el medio exceptivo de prescripción, probado el de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y no probados los restantes; **condenar** en costas a la encartada. (fl. Cd. 84).



Lo anterior por considerar el *a quo*, que en lo relacionado con la inconformidad planteada por la demandante frente al IBL que se utilizó para liquidar la prestación pensional, la misma ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Manizales Sala Laboral, fijándose como tal la suma equivalente a \$952.812, correspondiente a los 10 últimos años de cotización del causante, por lo que en instancia resta por debatir la tasa de remplazo aplicada a la prestación reconocida. En tal virtud, como quiera que el Juzgado Primero (1°) de Manizales condenó a la encartada al pago de la pensión de sobrevivientes en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y teniendo en cuenta una densidad de semanas cotizadas de 947.86, surge oportuno reliquidar la pensión de sobrevivientes aquí ventilada, puesto que al revisar la historia laboral del fallecido afiliado, se advierten periodos laborados y no cotizados por los empleadores, aspecto este que influye negativamente en la prestación pensional.

#### **RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandante **ANA ROSA ACEVEDO**, inconforme con la anterior decisión, formuló recurso parcial de apelación, en el que expuso como motivos de disidencia, que en lo referente a los intereses moratorios la jurisprudencia cambió la postura, en tanto la Corte Suprema de Justicia de antaño disponía que en lo referente a que dicho medio de resarcimiento no era procedente en los eventos de reliquidación, pese a ello, en la sentencia SL 1681 de 3 de junio de 2020, dispuso la viabilidad en el reconocimiento de los intereses moratorios aun en reliquidaciones pensionales.



## **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**Parte demandante:** La parte accionante **Ana Rosa Acevedo**, formuló alegaciones de conclusión, en los que se ratificó en los argumentos presentados al momento de surtir la alzada, y peticiónó la aplicación del precedente vertido en la sentencia SL 1681 de 3 de junio de 2020, con radicación 75127.

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

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

### **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda, los reparos formulados por la accionante en la apelación, los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Colegiatura en ejercicio de las facultades legales consagradas en los artículos 66 A y 69 del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver, si le asiste derecho a la demandante a que la demandada reliquide la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida con ocasión del deceso del señor Francisco Daviel Castrillón Urrea.



## **STATUS DE PENSIONADO**

No es tema de controversia la calidad de pensionada que ostenta la aquí demandante, en tanto la demandada no formuló oposición alguna al respecto y la misma se desprende de la documental que reposa a folios 21 a 28 del informativo, consistente en Resolución GNR 376632 de 24 de noviembre de 2015, por medio de la cual la Entidad demandada reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la accionante en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Manizales, modificado por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

## **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

Persigue la demandante la reliquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida con ocasión al fallecimiento del señor Francisco Daviel Castrillón Urrea, al considerar en esencia, que no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que, para forjar el IBL, se debió tomar el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años y no como lo hizo Colpensiones, con base a lo cotizado durante toda la vida laboral del afiliado, sumado a que, el reconocimiento prestacional se hizo teniendo en cuenta para ello una densidad de semanas cotizadas de 956, para tasa de remplazo del 69%.

Previo a adentrarse la Sala al estudio del asunto puesto a su escrutinio, debe precisar, que no es objeto de debate en esta segunda instancia la existencia de la operatividad de la institución de la cosa juzgada en lo referente a la reliquidación pensional con base al IBL aplicado a la prestación pensional, en tanto tal situación ya fue debatida y resuelta por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Manizales y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en providencias del 4 de junio de 2014 y 30 de septiembre de esa anualidad, oportunidad en la que se reconoció la



prestación pensional a que tiene derecho la actora, al mismo tiempo que se debatió el asunto referente al IBL a aplicar al interior del proceso de ejecución adelantado ante el juzgado de conocimiento, sin que fuera objeto de análisis en ninguna de las instancias los periodos laborados y no reportados en la historia laboral del fallecido afiliado. Aspectos estos que se pueden constatar de la documental que milita a folios 59 a 70 de las diligencias. Aspecto que fue así declarado en primera instancia y no fuera objetado por la parte activa.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta Corporación dilucidar si a la señora Ana Rosa Acevedo le asiste derecho a que la demandada le reliquide la prestación pensional teniendo en cuenta para ello los tiempos laborados y no reportados por el empleador.

Para tal efecto, cabe destacar que ante el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Manizales y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, se tramitó proceso ordinario laboral en el que se ventiló la sustitución pensional de la aquí demandante, oportunidad en la que se le reconoció teniendo en cuenta una densidad de semanas cotizadas de 947.86, bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ello en aplicación de la condición más beneficiosa.

Pues bien, obra en el plenario historia laboral del fallecido afiliado Francisco Daviel Castrillón Urrea, de la que se desprende que cotizó desde el 1° de mayo de 1971 al 30 de septiembre de 1999, un total de 947.86 semanas, mismas que sirvieron de base para liquidar la prestación pensional que posteriormente le fue reconocida a la aquí accionante, pese a ello, se advierte que para los ciclos comprendidos entre el 1° de enero de 1995 al 30 de septiembre de 1999, existen periodos que registran la siguiente información «*Su empleador presenta deuda por no pago*», tiempos que no fueron tenidos en cuenta para forjar el derecho pensional aquí ventilado



y que no fue objeto de estudio por parte de la autoridad judicial ya antes citada, al no ser una pretensión que se ventilara en esa oportunidad.

Dicho lo precedente, a fin de establecer si los periodos que aparecen laborados y que registran mora por parte del empleador pueden y deben ser tenidos en cuenta a efectos de la liquidación de la prestación pensional, basta con señalar que la entidad demandada en manera alguna ha desconocido la afiliación perpetrada por los empleadores López Silvio y Cooperativa de Caficultores de Belalcazar, ni la calenda de inicio o cesación en el pago de cotizaciones reportadas en la historia laboral tradicional incorporada por la activa al proceso, impresa en formato de la entidad, tan así que para cada anualidad consignó un ingreso base de cotización disímil y estableció la deuda que presentaba el empleador, pese a ello, no se advierte gestión de cobro por parte de la encartada a que dichos ciclos fueran declarados incobrables al tenor del numeral 3° del artículo 73 del Decreto 2665 de 1998.

Manifestación de la entidad convocada a la acción ordinaria laboral, que permite entrever la veracidad del contribuyente y que aquella indicación inmersa en el reporte de semanas cotizadas, no se traduce en el desconocimiento del nexo contractual, sino la falta de pago en el aporte. Aspecto que en manera alguna puede derivar en la afectación o desconocimiento de la prestación rogada, pues en los casos de mora patronal la misma no puede ser trasladada al trabajador, quien no tiene en su haber procedimental los medios judiciales de defensa real de sus derechos cuando es el empleador quien incumple en las obligaciones prestacionales, pues es la entidad administradora de pensiones quien debe ejercer los cobros coactivos correspondientes para la obtención de los aportes no cancelados, de manera diligente y con premura de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios 1161 y 2633 de 1994.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación interna 43023 del 7 de febrero de 2012 con Ponencia del Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al estudiar los efectos de la mora patronal enseñó que:

*«Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro».*

De este modo a de indicarse, que si bien es el empleador el responsable del pago de los aportes de sus trabajadores desde el inicio y hasta el fenecimiento del vínculo contractual con forme lo prevé el artículo 22 de la Ley 100 del 1993, lo cierto es que le compete a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro coactivo con motivo del incumplimiento; fiscalización que debe gestionarse en los términos del artículo 3 de C.P.A.C.A., a saber, en forma pronta, eficiente y transparente a fin de lograr la progresividad en los derechos pensionales. Por lo que, se concluye, es sobre ellas que recae el deber u obligación de construir la historia laboral que refleje el comportamiento contable de lo aportado por los afiliados, empleadores y contratistas sobre la base de los salarios o ingresos por prestaciones de servicios que devenguen y confiesen durante la vigencia de la relación laboral y/o del contrato de prestación del servicio (C- 760 del 2004).

Por su parte, la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar la obligación de las administradoras de los fondos de pensiones en lo que atañe a mantener actualizada y proteger la información de los afiliados, y por lo tanto, ser responsables de los yerros e inconsistencias en que incurran frente los datos que han de constar en la historia laboral. Al punto, la sentencia T-343 de 2014 enseñó:



*«Las entidades Administradoras de pensiones tienen a su cargo el manejo de las bases de datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados al régimen de seguridad social en pensiones ya sea en el régimen de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad.*

*Esta información permite la verificación del cumplimiento de los requisitos que se deben acreditar para el reconocimiento de una prestación pensional, por ello, deben garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a sus afiliados.*

*(...)*

*Entonces, como el adecuado manejo de la información respecto de la historia laboral de sus afiliados corresponde a las Administradoras de pensiones, la Corte Constitucional ha rechazado la negativa de reconocer una prestación pensional debido a inconsistencias en los reportes de cotización, pues los problemas operativos de las entidades son una problemática cuyas consecuencias no son oponibles al afiliado.*

*En relación con lo expuesto, la sentencia T-482 de 2012 consolidó los temas que ha analizado esta Corporación en torno a la problemática que se presenta cuando al afiliado de un fondo de pensiones, que tiene la certeza de cumplir con los requisitos para acceder al reconocimiento de una prestación pensional, no lo puede realizar por existir inconsistencias en la historia laboral».*

En similar sentido se pronunció la Corporación de cierre en materia constitucional en la sentencia T-079 de 2016, providencia en la que advirtió la responsabilidad en las consecuencias que en el otorgamiento del derecho pensional de un afiliado causen los errores e inconsistencias en los datos de la historia laboral, oportunidad en la que moduló

*«La incongruencia de esos datos confirma que la historia laboral con base en la cual se resolvieron las solicitudes de reconocimiento pensional que formuló el accionante contenía información imprecisa, incompleta y desactualizada. Eso implica, a su vez, que el derecho pensional se denegó con apoyo en un documento que no reflejó el verdadero esfuerzo económico realizado por su eventual beneficiario. En línea con los referentes normativos y jurisprudenciales citados en la parte motiva de esta providencia, la responsabilidad que se deriva de esos errores recae directamente en Colpensiones, que, como Administradora, debía asegurar la confiabilidad de la historia laboral de su afiliado. El señor Cruz no tenía por qué cargar con las consecuencias negativas del tratamiento deficiente de sus datos, mucho menos, tratándose de un tema tan delicado como el que tiene que ver con sus posibilidades de acceder a la pensión de vejez. Lo que ocurrió en ese sentido, sin embargo, no tuvo que ver solamente con el hecho de que la historia laboral del accionante consignara información inexacta. La infracción iusfundamental verificada en esta oportunidad obedece también, a que Colpensiones no le hubiera brindado una respuesta oportuna y*



*completa a las solicitudes que este formuló con el objeto de que se corrigieran esas inconsistencias»*

Determinaciones jurisprudenciales que conducen a evidenciar la responsabilidad que recae sobre las administradoras de fondos en la protección de los datos pensionales, máxime, cuando la relación entre afiliado y pensionado emana de la confianza depositada por la idoneidad de la Entidad ante la complejidad propia del tema pensional, que a futuro le asegure una vejez. De manera que, fluye innegable la trascendental importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la labor encomendada por ley a las Administradoras de pensiones, por ser estas las llamadas a cumplir y dar vida a la seguridad social.

Conforme a lo expuesto, procedente resultaría tener en cuenta los tiempos reportados en mora por la pasiva en la historia laboral tradicional (fl. 13 a 17), atinentes a los empleadores López Silvio y Cooperativa de Caficultores de Belalcazar, mismos que comprenden los ciclos de 1° de enero de 1995 a 30 de septiembre de 1999, equivalentes a 359.94 semanas, pese a ello, como quiera que en primera instancia se tuvo como semanas no cotizadas un total de 197.34, aspecto sobre el cual la parte demandante no ejerció oposición alguna, serán estas las que se tendrán en cuenta para efectos de reliquidar la prestación de la encartada, ello en a efecto de no hacer más gravosa la decisión frente a la consultada.

Bajo la anterior orientación, se tienen entonces que el fallecido a afiliado al 30 de septiembre de 1999, cotizó un total de 1.145 semanas, compuestas de las 947.86 registradas por la entidad pensional y sobre las que se liquidó inicialmente la prestación y las 197.34 que resultan de los tiempos en mora que registran los empleadores López Silvio y Cooperativa de Caficultores de Belalcazar.



De esta manera, a fin de establecer si hay lugar a la reliquidación pretendida se tiene el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, establece que «*El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación*», en tal virtud, a la demandante le asiste derecho a que la demandada le tenga como tasa de remplazo el 69%

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, y teniendo en cuenta que se fijó como ingreso base de liquidación el promedio de rentas cotizadas durante los últimos 10 años de vida del afiliado, el cual arroja una primera mesada pensional en cuantía de \$1.111.606,63, suma inferior a la reconocida por la demandada en la resolución GNR 376632 de 24 de noviembre de 2015, lo que da lugar a la reliquidación pretendida, sin embargo, será la suma declarada en primera instancia la que se tendrá para tal efecto, pues si bien en esta instancia arroja un mayor valor, al ejercerse censura alguna por parte de la accionante, no resulta procedente modificar la condena consultada, pues de procederse así se estaría haciendo más gravosa la situación a la Entidad pensional, lo que a todas luces resulta jurídicamente imposible ya que se surte el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Por hasta aquí dicho, surge patente la confirmación de la sentencia de primera instancia en este aspecto.

### **DEL RETROACTIVO PENSIONAL**

Establecido el derecho como quedó, corresponde a esta Corporación establecer el momento del retroactivo pensional a que tiene derecho la demandante, y para tal efecto se debe precisar que como quiera que en virtud de la operatividad del fenómeno extintivo de la prescripción el



retroactivo pensional se comienza a contabilizar a partir del 6 de febrero de 2015, y que el monto de la mesada pensional para dicha calenda asciende a la suma de \$1'088.005, prestación que es reajustada conforme al IPC de cada anualidad hasta el 28 de febrero de 2021, el valor del retroactivo pensional asciende a la suma de **\$104'688.117,00**, monto al que deberá descontársele lo ya reconocido por parte de la entidad por concepto de mesadas pensionales pagadas y lo atinente a los aportes a la seguridad social en salud. En tal virtud, habrá de modificarse la sentencia consultada en este aspecto.

#### **DE LOS INTERESES MORATORIOS**

Censura la parte demandante la no condena por concepto de intereses moratorios, pues a su sentir, los mismo debieron ser concedidos teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia SL 1681 de 3 de junio de 2020, oportunidad en la que la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, modificó su criterio para conceder los mismos aun cuando se trata de reliquidaciones pensionales.

Sobre el tema, el artículo 141 de la ley 100 de 1993 es claro 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, a título de indemnización por la cancelación tardía de su derecho pensional.

Bajo tales presupuestos, a juicio de esta Sala frente a la reliquidación no hay lugar al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues estos sólo proceden por la mora en el pago de las mesadas pensionales y no por reliquidación, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia entre otras, en la providencia de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil cinco (2005), radicación 25426, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en la 38481 del 15 de marzo de



2011 y en la más reciente SL 7926 del 15 de junio de 2016, radicado 59995, MP: Rigoberto Echeverri Bueno, en la que indicó que *«Al respecto, debe precisarse que esta Sala, en tratándose de reajustes pensionales, ha señalado en múltiples ocasiones que los referidos intereses no proceden, así se trate de una pensión perteneciente al Sistema General de Pensiones, como quiera que conforme lo adoctrinado, sólo son viables dichos intereses cuando se trata del no reconocimiento de la prestación completa»*.

Ahora bien, frente a la providencia en la que soporta su alegación la parte activa, debe decirse que la misma hace referencia a la causación de los intereses moratorios frente a la tardanza al reconocimiento de las prestaciones pensionales bajo los derroteros de la ley 100 de 1993, o cualquier otra normativa, en tanto ya sea Acuerdo 049 de 1990, Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985, pues los mismo se encuentra contenidos, por transición dentro del Sistema General de Seguridad Social, y dispone el cuerpo de la sentencia invocada que *«Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones»*.

Es por ello, no habrá lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados y se confirma la decisión recurrida en este aspecto.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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



Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que habiéndose causado el derecho al disfrute de la prestación el 11 de junio de 2010, reconocido el derecho mediante Resolución GNR 376632 de 24 de noviembre de 2015, solicitado la reliquidación pensional el 6 de febrero de 2018 y radicada la demanda el 13 de junio de 2018, es patente concluir que dicho fenómeno extintivo ya había operado sobre todas y cada una de las mesadas causadas con antelación al 6 de febrero de 2015. En tal virtud, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, estarán a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 30 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ANA ROSA ACEVEDO** contra LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, en el entendido de CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar las diferencias pensionales causadas entre la pensión reconocida en la Resolución GNR 376632 de 24 de noviembre de 2015 y la reliquidada en sede judicial, a partir del 6 de febrero de 2015, en cuantía pensional para esa anualidad correspondiente a \$1.088.005, sumas debidamente indexadas al momento de su pago. Aclarando que el retroactivo causado y liquidado entre dicha data y el 28 de febrero de 2021, asciende a \$104.688.117,00, monto al que deberá descontársele lo ya reconocido por parte de la



Entidad por concepto de mesadas pensionales pagadas y lo atinente a los aportes a la seguridad social en salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, estarán a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> «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

## A U T O

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

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

## S E N T E N C I A

**DEMANDA:** La señora **ADRIANA TELLEZ OSORIO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., quien no la asesoró conforme a la ley; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP en mención efectuar su traslado, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, entidad que debe aceptar su traslado y definir su situación pensional; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fls. 61 y 62).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 62 a 64 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 14 de abril de 1965; se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS donde cotizó 563 semanas; que el 22 de julio de 1996, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección S.A.; que durante la afiliación a la referida sociedad, se le indicó que su mesada pensional sería mayor cuando llegare el momento de acceder



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

al derecho y que el otrora ISS sería liquidado, motivo por el cual los períodos cotizados en la citada se perderían; que el 22 de julio de 2001, se afilió a la AFP Porvenir; empero en el mes de agosto de 2004 regresó a Protección; que finalmente, en el mes de julio de 2009, retornó a la AFP Porvenir S.A.; traslados que fueron motivados por la promesa de cada sociedad de ofrecer un monto pensional más alto; que al momento del traslado no se le hizo un estudio pensional y la AFP Porvenir no le informó acerca de su posibilidad de retornar al RPM, ni tampoco sobre sus posibilidades o alternativas de ahorro voluntario; que se presenta una diferencia entre la mesada que recibiría en el RPM y aquella que otorgaría el RAIS, lo cual le genera un gran perjuicio, dados los gastos mensuales que debe asumir a causa de sus enfermedades (Leucemia Mileoide Crónica, fibromialgia, ojo seco y colitis crónica), así como los padecimientos de su hijo (inmadurez del sistema nervioso central); que solicitó ante Colpensiones su traslado, lo cual le fue negado por la entidad.

**CONTESTACIÓN:** La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron formuladas en su contra, al considerar en esencia que, la actora a la fecha se encuentra próxima a adquirir la edad mínima requerida para pensionarse, de manera que está inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; amén que su afiliación a la AFP Protección lo fue de manera libre y voluntaria, estando llamada la convocante a demostrar que la información suministrada por la sociedad fue sesgada, sin advertirle las consecuencias de pertenecer a un régimen o a otro. Señala igualmente, que la demandante no ha sufrido ningún perjuicio por su traslado al RAIS, como si ocurrió con los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia, dado que no es beneficiaria del régimen de transición, ni cuenta con una expectativa legítima. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó imposibilidad de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (fl. 102 a 116).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que el traslado de la demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual se solmenizó con la suscripción del formulario de afiliación y que por tal tiene la naturaleza de un verdadero contrato, del que se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo y de la afiliada. Agrega que la liquidación de la pensión en el RAIS, no hace nula la afiliación, por cuanto su fórmula se encuentra legalmente consagrada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como por las resoluciones emitidas por la Superintendencia. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó 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 y la innominada o genérica. (fls. 165 a 176).

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en el respectivo formulario, en el que se observa declaración escrita del año 2004, a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico, en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Señala que siempre le garantizó a la convocante el derecho de retracto y al 14 de enero de 2004, publicó en



el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el cual informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes, de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls. 201 a 235).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Protección S.A., de fecha 26 de julio de 1996; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, así como a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenar** en costas a la AFP Protección, sin costas en contra de Colpensiones. (Cd. a folio 296).

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

### **RECURSO DE APELACIÓN:**

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, exponiendo como motivos de inconformidad que, no existen elementos de juicio que den cuenta de la concurrencia de algún vicio en el consentimiento o dolo en el presente caso, dado que no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la data del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, sumado a que no era beneficiaria del régimen de transición para acceder a su traslado en cualquier tiempo, como lo establece la sentencia SU 130 de 2013, por lo que debe atenerse a las normas que regulan el régimen al cual se encuentra afiliada. Agrega que conforme a la sentencia con radicado 2016-0087-01 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la simple manifestación de inconformidad con el valor de la mesada pensional que ortogue el RAIS de cara a la suma establecida en el RPM, no es un motivo sufuciente y atendible para tener por demostrado que el traslado fue realizado por el afiliado, atendiendo un engaño de la AFP. Concluye aduciendo que para el año del traslado, los fondos solo tenían la obligación de asesorar sobre las condiciones vigentes, existiendo en el caso un desinterés o descuido de parte de la actora, quien decide continuar realizando cotizaciones de manera libre y voluntaria.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que en los términos de la Corte Constitucional las ineficacias operan en un sentido amplio y en un sentido estricto, precisando sobre esta última figura que tiene lugar



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

en aquellos eventos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no debe producir efectos, sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en ese sentido. Así, precisa que al remitirnos a la norma que regula el caso, esto es, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se observa que en ninguno de sus apartes establece los efectos de la nulidad propiamente dicha, esto es, de retrotraer las cosas a su estado original, lo cual igualmente, se efectúa de manera sesgada en el *examine*, porque se ordena devolver los gastos de administración, a pesar de concluirse que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS, y de contera estos dineros nunca fueron descontados, lo cual se contradice con la orden impartida, porque a la demandada se le obliga a trasladar los ejercicios financieros que solo se producen en dicho régimen, además, que no se prueba lo estatuido en el artículo 996, es decir, una despatrimonialización o mala fe de la encartada para que las restituciones no sean mutuas, propendiendo así un enriquecimiento injusto y un desconocimiento del principio de inescindibilidad de las normas.

#### **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:** Alega que, durante el trámite de la primera instancia, fue claro que los fondos no lograron probar el cumplimiento del deber de informar, estipulado en el estatuto financiero, en cuanto a brindar información necesaria para que las personas puedan tomar decisiones informadas. Agrega que a la luz del Decreto 720 de 1994 artículo 12, la obligación de informar no recae únicamente al momento de la vinculación sino todo el tiempo de su vigencia, no obstante, las demandadas no aportaron prueba alguna del cumplimiento de sus



deberes de diligencia y cuidado, a pesar que están en su custodia los soportes de la calidad de sus asesorías y de la información suministrada a la actora a lo largo de casi 24 años. Por tanto, solicita la confirmación del fallo impugnado.

**Parte demandada COLPENSIONES:** A su turno, el apoderado sustituto de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión. Agrega que no era beneficiaria del régimen de transición, en tanto al 1º de abril de 1994, tenía 29 años de edad, para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso la AFP PORVENIR. Insiste en que según decisión del Tribunal Superior de Pereira, la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión a recibir en el régimen de prima media, la cual pueda resultar superior a la que ofrezca el RAIS, no constituye prueba de que cuando realizó el traslado, lo haya hecho movida por un engaño o por una equivocada información por parte de la AFP. Concluye afirmando que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado éste solo tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones vigentes a la fecha.

**Parte demandada AFP Protección S.A.:** Al descorrer el traslado para presentar sus alegaciones, indicó que la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, el cual se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM. Indica que obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias del 180%, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por la AFP. Aduce que frente a una eventual condena de segunda instancia a 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 dicha sociedad tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

**Parte demandada AFP Porvenir S.A.:** Sostiene que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Señala que de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta de la afiliada, que permaneció por espacio de más de 24 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer en el régimen de ahorro individual. Agrega que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Protección S.A. como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que sino se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

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

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

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folio 38 del paginario.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **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 demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por ADRIANA TELLEZ al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

## **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, derecho de petición elevado ante la AFP Porvenir S.A. y su respuesta (fls 22 a 30); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls.22 a 30); simulación pensional expedida por la AFP Porvenir (fls. 31 a 34); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 35 a 37); formulario de afiliación a Colpensiones (fl. 38); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 39); comunicación emitida por Colpensiones (fl. 40); historia clínica de la demandante (fls. 41 a 43); informe de evaluación de terapia ocupacional e informe de evaluación neuropsicopedagógica (fls. 44 a 60); reporte de semanas expedido por Colpensiones (fls. 137 a 141); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 142); formularios de afiliación a Protección (fls. 146 a 148); reporte estado de cuenta expedido por Protección (fls. 150 a 152); comunicados de prensa (fl. 153 a 154);



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

formularios de afiliación a la AFP Porvenir (fls. 193 a 196) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Cd. a folio 296).

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

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

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

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

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

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18



de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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).*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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 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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el 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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



*abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de mayo de 1984, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 137 a 141, para luego trasladarse a la AFP Protección el 22 de julio de 1996 (fl. 146); igualmente, se vinculó a la AFP Porvenir S.A. el 3 de julio de 2001 (fl. 193), para posteriormente retornar a Protección el 18 de julio de 2006 (fl. 147); finalmente, regresó a la AFP Porvenir el 20 de mayo de 2009 (fl. 195), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

## **TEORIA 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. 146).

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 para la época de su traslado se le indicó que el ISS iba a desaparecer, por manera que se vinculó a dicha administradora por el temor que ello le generó y sin recibir ningún tipo de asesoría. (Cd. a folio 296).



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

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

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



declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Sobre el reparo que efectúa Colpensiones frente a la imposibilidad de la convocante de retornar al RPM por faltarle menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, ha de advertir la Sala que ello no resulta atendible en el *sub examine*, como quiera que el presente estudio se centra en la eficacia del traslado al RAIS, sin que sea necesario verificar la concurrencia de la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o los requisitos de la sentencia SU 130 de 2013, por cuanto la consunción de considerar ese traslado ineficaz, es que el mismo no tuvo ocurrencia.

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

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

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

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Porvenir S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

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

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

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

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

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

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

*(...)» (Aparte resaltado de la Sala)*

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas por los periodos de afiliación, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión de la afiliada que retorna, el que, como se ha *iterado* en el curso



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizado.

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.

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una, líquidense en primera instancia.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ADRIANA TELLEZ OSORIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**, mediante la cual se declaró la ineficacia de traslado de la actora al RAIS, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

y la condena fulminada. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una, liquídense en primera instancia.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Aclara Voto

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALEXANDRA BOHÓRQUEZ MUÑOZ** CONTRA **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 veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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,

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## SENTENCIA

**DEMANDA:** La señora **ALEXANDRA BOHÓRQUEZ MUÑOZ** a través de apoderada judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 17 de septiembre de 2008, junto los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 1 y 2).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 de las diligencias, que en síntesis advierten que fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 50,56% con fecha de estructuración del 17 de septiembre de 2008; que entre el 17 de septiembre de 2005 y el 17 de septiembre de 2008, acredita más de 50 semanas de cotización; que solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante la encartada, la cual le fue negada en comunicación del 20 de octubre de 2009, bajo el argumento que no acreditaba el requisito de fidelidad del 20% de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones; que reiteró su petición de reconocimiento pensional, la cual fue nuevamente negada en comunicación del 3 de julio de 2019.

**CONTESTACIÓN:** La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que para la fecha en que se estructuró la invalidez, que lo fue el 17 de septiembre de 2008, se encontraba vigente la Ley 860 de 2003, lo cual permite concluir que el rechazo de la solicitud de la demandante sobre el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez estuvo ajustada a derecho, pues solamente a partir del 1º de julio de 2009, fecha en que fue proferida la sentencia C-428 de 2009, se eliminó el requisito de fidelidad exigido para la prestación, eliminación que rige hacia el futuro, por cuanto dicha sentencia no previó en su parte resolutive, que tuviere efectos retroactivos. **Excepciones:** propuso como medios



exceptivos los titulados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (folios 46 a 52).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada 3 de febrero de 2021, resolvió **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a favor de la convocante la pensión de invalidez en valor inicial de 1 SMLMV, a partir del 17 de septiembre de 2008, por 14 mesadas al año; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a pagar el retroactivo pensional desde el 25 de julio de 2016, junto con los intereses moratorios, desde el 25 de enero de 2020, hasta el momento del pago efectivo de las mesadas debidas; **autorizar** a la demandada a descontar del valor del retroactivo pensional y los intereses moratorios, la suma de \$19.220.059, pagados a la actora por concepto de devolución de saldos; declarar no probadas la excepciones propuestas, excepto la de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 25 de julio de 2016 y la de compensación sobre el valor de \$19.220.059; **condenar** en costas a la demandada. (CD a folio 68).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el presente caso no se discute el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que efectivamente acredita la convocante, pues el punto de controversia se refiere al cumplimiento del requisito de fidelidad al Sistema General de Pensiones, el cual conforme a la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, es deber de los jueces inaplicar, para los casos anteriores a la sentencia proferida por la Corte Constitucional que declaró su inexequibilidad, por vía de la excepción de inconstitucionalidad, lo que permite concluir que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la prestación reclamada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**RECURSO DE APELACIÓN:** La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis que conforme a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en relación con los intereses moratorios, en particular, en la sentencia 72552, estos tienen carácter resarcitorio y no depende de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor o las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho en las instancias administrativas, agregando que en el presente caso, los mismos proceden desde octubre de 2016, conforme las reclamaciones administrativas que fueron elevadas para obtener el reconocimiento de la 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:** Se ratifica en los planteamientos de su recurso, los cuales específicamente se encaminan a obtener el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde la fecha en que se elevó la correspondiente reclamación administrativa.

**Parte demandada:** Solicita la conformación del fallo opugnado, por considerar que el mismo se encuentra ajustado a la normatividad.

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 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 alzada<sup>2</sup>, el establecer la fecha a partir de la cual deben reconocerse los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

### PENSIÓN DE INVALIDEZ

Previo a resolver el problema jurídico planteado, necesario es indicar que conforme a lo resuelto por el Juzgado de Conocimiento la demandante acredita los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, esto es, una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su estructuración, que lo fue el 17 de septiembre de 2008, como se constata a folio 23 del paginario, consideración respecto de la cual la Sala no hará ningún pronunciamiento, al carecer de competencia, por cuanto la AFP Porvenir S.A. no ejerció su derecho a formular recurso de apelación contra tal determinación.

---

<sup>2</sup> Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



## **INTERESES MORATORIOS**

La parte actora centra su reparo en la fecha de causación de los intereses moratorios, pues a su juicio deben reconocerse teniendo en cuenta la data en que se elevó la correspondiente reclamación administrativa, por ello, aduce que en el *sub judice*, la decisión del A Quo debe ser modificada en el sentido de reconocerlos desde el mes de octubre de 2016.

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 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago», empero dicha obligación no opera automáticamente, 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, de acuerdo a los términos del artículo 4º de la Ley 797 de 2003.

Empero, no puede dejar pasar por alto la Sala que en tratándose de pensiones de invalidez, cuyo reconocimiento se sustenta en la inaplicación del requisito de fidelidad del Sistema General de Pensiones, por vía de excepción de inconstitucionalidad como aquí aconteció, la Corte Suprema de Justicia ha establecido la improcedencia de los intereses moratorios, y en particular cuando el reconocimiento pensional obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación y, además, la entidad estaba amparada en norma vigente para el momento de la solicitud.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Así, en la sentencia SL3584-2020, la Alta Corporación estableció lo que a continuación de transcribe:

*“(...) En cuanto al requisito de fidelidad al sistema de pensiones, respecto de la pensión de invalidez, esta Sala en sentencias CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 42423 y CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832, cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales del Sistema General de Pensiones (en este caso, Ley 860 de 2003), impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, razón por la cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.*

*Tal decisión no implica darle retroactividad a la sentencia CC-428/09, como lo asegura la censura, sino, más bien, constituye una expresión del deber de los jueces de inaplicar, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4.º C.P.), las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con el marco axiológico de la Constitución Política.*

*(...)*

*Le asiste razón a la censura toda vez que, como lo ha reiterado esta Sala, los intereses moratorios no son procedentes cuando el actuar de las administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentra justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Es así como en sentencia CSJ SL1364-2018, rad. 58032, se adoctrinó:*

*En casos como el presente, en el que se debate el derecho a la pensión fundado en la ausencia del requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corporación ha estimado que los intereses moratorios resultan improcedentes, dado que el reconocimiento pensional se ordena por la inaplicación de la aludida exigencia, máxime cuando la actuación de la entidad demandada, estaba amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por el interesado [...].”*

Aplicando el anterior criterio al *sub judice*, se tiene que la actora reclamó por primera vez el reconocimiento de su pensión de invalidez ante la entidad encartada el 30 de diciembre de 2008 (folios 57 a 58), la cual le fue negada por no cumplir el requisito de fidelidad al Sistema General en Pensiones, mediante comunicación datada el 20 de octubre de 2009 (fls. 59 a 60), de manera que no hay lugar a determinar la fecha de reconocimiento de tales conceptos considerando para ello la primera reclamación y su respuesta, como quiera que fueron anteriores al cambio de criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia relativo al requisito de fidelidad, y si bien para el momento en que la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AFP dio respuesta a la petición pensional, la Corte Constitucional ya había emitido la sentencia C- 428 del 1° de julio de 2009, la misma no podía tener alcance en caso analizado, dado que la estructuración de la invalidez de la actora fue anterior a la citada decisión (17 de septiembre de 2008).

De suerte que, la primera negativa de la sociedad convocada en reconocer la pensión de invalidez a favor de la actora, se encontraba respaldada en la normatividad y en la jurisprudencia vigente para la época, lo que de contera, hace improcedente el reconocimiento de los intereses moratorios, desde dichas calendas.

Ahora bien, aunque la demandante elevó una segunda reclamación de reconocimiento pensional, lo cierto es que revisado el expediente no es posible constatar en qué fecha exacta ésta tuvo lugar, dado que la misma no fue allegada al proceso; únicamente obra una comunicación expedida por la encartada de fecha 3 de julio de 2019, en la cual se le indica a la convocante *“Adjuntamos carta de rechazo pensional por incumplimiento de requisitos. Dado lo anterior, no hay lugar a reconocer o pagar la pensión de invalidez...”* (fl. 24).

Por manera que, la Sala tomará esta última calenda para efectos de determinar la fecha a partir de la cual proceden los intereses moratorios, considerando los 4 meses de gracia con los que contaba la demandada, y atendiendo a que es procedente tomar la nueva reclamación que sobre el derecho elevó la afiliada, por cuanto la pensión involucra obligaciones de tracto sucesivo como lo son las mesadas pensionales que se generan mes a mes.

En ese orden, es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios no desde el mes de octubre de 2016, como lo pretende la actora, al no existir reclamación que sustente tal fecha, sino desde el 4



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

de noviembre de 2019, esto es, pasados 4 meses desde que la demandada dio contestación a la nueva solicitud de reconocimiento pensional, y teniendo en cuenta que para dicha calenda ya se encontraba plenamente vigente el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la inaplicación del requisito de fidelidad del sistema.

Siendo importante advertir adicionalmente, que esos intereses se causan sobre cada una de las mesadas pensionales adeudadas y hasta la fecha en que se efectúe su pago; ello sin perjuicio de los descuentos que habrá de hacer la encartada, por virtud de la excepción de compensación que el Juzgado declaró probada.

#### **COSTAS.**

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

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 3 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALEXANDRA BOHÓRQUEZ MUÑOZ** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en el sentido de establecer que los intereses moratorios reconocidos por el Juzgado se causan desde el 4 de noviembre de 2019 hasta la fecha en que se efectúe el pago de las



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

mesadas adeudadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Sin costas en esta instancia por 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**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS ALBERTO AVILAN FORERO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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.

---

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

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

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

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



## A U T O

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

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

## S E N T E N C I A

**DEMANDA:** El señor **CARLOS ALBERTO AVILAN FORERO** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales que realizó con la AFP Porvenir S.A., el 9 de junio de 1994; en consecuencia, solicita se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas para financiar su prestación pensional, junto con cualquier diferencia económica que surja; condenar a las AFP a lo que resulte probado ultra y extra petita y las agencias en derecho. (fl. 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que al inicio de su vida laboral estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales; que desde la emisión de la Ley 100 de 1993, comenzó a percibir información sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que el 1° de enero e 2003, decidió trasladarse a la AFP Provenir S.A; que los agentes del fondo privado no



le informaron el capital que debía ahorrar para completar el monto que financiaría su pensión; que no le efectuaron proyecciones pensionales; que brilla por su ausencia el suministro por parte de la AFP demandada de información exacta, oportuna, clara y sencilla que le orientara sobre las expectativas pensionales; que solicitó de Colpensiones una proyección pensional la cual fue negada por la enjuiciada y le informó de la ausencia de requisitos para acceder a la prestación.

**CONTESTACIÓN:** la accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó la demanda oportunidad en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito inaugural, al considerar en esencia, que no existe vicio alguno en el consentimiento del afiliada pues la vinculación con la AFP contó con las exigencias normativas que para el momento exigía la legislación colombiana, sumó a ello, que al demandante se le brindó la información necesaria y conforme lo expresaba para ese entonces la ley, a fin que aquella tomara la decisión de forma libre y voluntaria. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fl. 56 a 70).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, en síntesis, que la Entidad siempre ha actuado de buena fe y en desarrollo de lo expuesto en la Constitución Política, sumó a ello, que la afiliación de la accionante contó con plena validez ya que el demandante no probó alguna de las causales de nulidad que permita la anulación del acto jurídico de traslado. Por último, dispuso que el accionante no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 797 de 2003.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración de derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 83 a 87).

De otro lado, la accionada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar, en síntesis, que siempre cumplió con el deber de informar y jamás existió una indebida o equivocada asesoría, brindando al demandante la información que para la época exigía la legislación y en acatamiento a las disposiciones plasmadas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, señaló que el demandante no es beneficiario del régimen de transición lo que le impide retornar en cualquier tiempo al RPM. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica. (fl. 123 a 140).

Por último, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda formuló su oposición a aquellas pretensiones que se dirigían en contra de la entidad, al considerar que la actuaciones adelantadas por el fondo privado se ajustaron a la buena fe y siguiendo los lineamientos legales que gobiernan la materia, sumó a lo precedente, que no se probó al interior del proceso causal alguna de nulidad que invalide el acto jurídico de traslado que pretende la parte actora. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional 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. 147 a 207).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2021, resolvió **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **declarar** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y causal de inexistencia de nulidad o ineficacia alegada. (fl. Cd. 215).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que de conformidad con lo dispuesto en el salvamento de voto incorporado por los Magistrados Echeverri Bueno y Quiroz Alemán, no resulta procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado en todos los casos, sino que en cada caso particular se debe examinar la verdadera afectación al derecho pensional y la pérdida del régimen de transición; así del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó la existencia de los elementos que dan vía a la declaración de la nulidad del traslado, pese a ello, se logra establecer en el *sub lite*, que en el caso del demandante se presenta una multiafiliación por parte del actor, ya que, si bien existe el diligenciamiento del formulario de vinculación a Horizonte, también lo es que se advierte una afiliación a Colfondos, debiéndose tener en ese orden como válido el último fondo al cual se vinculó, posterior a ello, se tiene que el accionante efectuó en diversas oportunidades cambios horizontales de fondos pensionales, de los que no se advierte causal alguna que viciara el



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

consentimiento del afiliado, lo que decanta en la inoperancia de la nulidad del traslado en el sentido estricto, ahora bien, en lo referente a la ineficacia del traslado, se tiene que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante el principio de libre escogencia no fue menguado y a pesar que no exista documentación de la información, el hecho de haber operado en 4 oportunidades el cambio de administrador surge el saneamiento por ratificación, lo que le imprime plena eficacia a la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandante **CARLOS ALBERTO AVILAN FORERO**, peticionó la revocatoria de la sentencia apelada, por considerar, que en el presente proceso se pretende probar la ausencia del deber de información por parte de las AFP, el cual se plasmó en los formularios de afiliación, aspecto este que ha sido decantado de manera suficiente por la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, donde manifiesta que efectivamente los formularios de afiliación pre impresos no son plena prueba para demostrar que efectivamente se les haya dado una información clara y comprensible a los usuarios del sistema pensional, sumó a ello, que el formulario 1940 que aparece en el folio 57 no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1164 de 1994, en el sentido que ni siquiera se le informó la posibilidad que tenía de retractarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la suscripción del contrato. Por último, señaló que del interrogatorio de parte no se puede establecer que se le haya otorgado la información suficiente sobre las características y perjuicios que podría traerle el traslado de régimen pensional, partiéndose de supuestos por parte del *a quo* para establecer el suministro de la citada información sin probanza de ello.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

### **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

**Parte demandante:** En la oportunidad procesal la parte demandante **Carlos Alberto Avilán Forero**, formuló alegaciones de conclusión en las que solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que a la luz del precedente vertical, el formulario de afiliación no es prueba suficiente que conduzca a demostrar el cumplimiento del deber de información, sumó a ello, que dicho precedente aplica a aquellos beneficiarios del régimen de transición y a los que no lo son. Por último, señaló que el traslado entre administradoras no convalida la ausencia de información al momento del traslado de régimen pensional.

**Parte demandada:** La **Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones** en lo oportunidad procesal correspondiente solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, que en el presente asunto existe material probatorio que demuestra que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, asimismo se puede constatar que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información que para el momento de suscripción del negocio jurídico imponía la ley, resultando imposible imponer cargas probatorias distintas a las allí contempladas, sumó a ello, que de accederse a las suplicas de la demanda se pone en riesgo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

**Parte demandada:** La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, allegó escrito de alegaciones de conclusión en el que petitionó la confirmación de la sentencia de primera



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

instancia, y para tal efecto señaló que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz, sumó a ello, que si lo que se pretende es la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tampoco se cumplen los presupuestos contenidos en dicha norma, y de establecerse tal situación, las consecuencias jurídicas no pueden equipararse a las previstas en el artículo 1740 del C.C.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 43 y 44 del informativo.

### **PROBLEMA JURIDICO**

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



Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por CARLOS ALBERTO AVILAN FORERO al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., así como aquellos que se dieron con posterioridad a este, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

### **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, petición formulada ante Porvenir S.A., con su respectiva respuesta (fl. 24 a 28); formulario de vinculación emitido por Horizonte (fl. 29 y 30); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 31 a 38); simulación pensional emitida por Porvenir S.A. (fl. 39 a 42); reclamación administrativa (fl. 43 y 44); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 21); solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 72); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 73 a 75, 152 y 183); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (fl. 76 a 78); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 74 y 80); comunicados de prensa (fl. 81, 82, 194 y 195); expediente administrativo (fl. 94); formulario de afiliación a Colfondos S.A. (fl. 151); formulario de vinculación a Protección S.A. (fl. 182); historia laboral para proceso de emisión de bono pensional emitido por ING (fl. 184 y 185); constancia de traslado de aportes emitido por Protección S.A. (fl. 186); estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 186 a 189).

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:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

«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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

*En tal sentido, el 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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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:

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.

## **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al otrora Instituto de los Seguros Sociales desde el 5 de febrero de 1992, tal como se desprende de la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

historia laboral anexa al expediente digital que reposa a folio 93 del informativo, seguido a ello; el 9 de junio de 1994, suscribió formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., (fl. 29), a continuación, el 6 de agosto de 1999, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, esta vez para vincularse a la AFP Colfondos S.A., tal como se advierte del formulario de afiliación que reposa a folio 151 del plenario; seguido, el 19 de febrero de 2003, realizó un nuevo traslado dentro del mismo régimen, esta vez a la AFP Santander hoy Protección S.A. (fl. 182); por último, el 20 de abril de 2012, suscribió formulario de afiliación ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. (fl. 30), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folios 73 a 75 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 29).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, razón le asiste a la parte actora en su censura, al señalar que del mismo no se desprende confesión alguna tendiente a demostrar el suministro de información por parte de las AFP, en los términos que dispone la



jurisprudencia del Órgano de cierre en materia ordinaria laboral, pues al cuestionársele sobre los aspectos que rodearon su traslado, aquel afirmó que *«Yo estando en el Seguro Social nos informaron que venía a visitarnos un fondo privado que era una alternativa muy buena con respecto al manejo de las pensiones ya que el Seguro Social estaba pasando en unos procesos muy complicados administrativos y que ellos nos iban a brindar una oportunidad de mejor manejo administrativo de nuestras pensiones y que nos iban a dar otras cosas importantes como la protección de mis hijos en caso de que yo no estuviera y bueno, ante eso, y yo dedicado a mí trabajo, arrancar una vida profesional pues dije listo, me parece una buena opción, eso fue realmente todo»*. (Cd. Fl. 215).

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

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

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

Por lo expuesto, se revocara la decisión adoptada en primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado el demandante actualmente, a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, e igualmente, se ordenara a Colpensiones a recibir los aportes de la accionante, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la afiliación de la actora en el régimen de prima media con prestación definida, como si jamás se hubiera efectuado el traslado, dada la ineficacia del mismo.

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

## **COSTAS**

Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de las demandadas. En esta segunda instancia las mismas están a cargo de las encartadas conforme lo dispone el numeral 4° del artículo 365 del



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T., y de la S.S., se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

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

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 9 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CARLOS ALBERTO AVILAN FORERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión, par en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**SEGUNDO: CONDENAR** a **LA SOCIEDAD FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante.

**TERCERO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral y activar la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

afiliación del accionante en el régimen de prima media con prestación definida.

**CUARTO: COSTAS:** Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de las demandadas. En esta segunda instancia las mismas están a cargo de las encartadas conforme lo dispone el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T., y de la S.S., se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara voto*

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CÉSAR GUSTAVO AZULAJE RICHARD** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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,

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## SENTENCIA

**DEMANDA:** El señor **CÉSAR GUSTAVO AZULAJE RICHARD** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que previo el trámite procesal correspondiente se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez en coexistencia con la de jubilación a partir del 1° de febrero de 2019, junto con las mesadas adicionales y los correspondientes reajustes de ley; el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley; la indexación de las sumas reconocidas; lo que resulte probado ultra y extra *petita* y las costas procesales. (fl. 6 y vuelto).

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folio 1 de las diligencias, en los que en síntesis indica que nació el 31 de julio de 1950; que el 6 de febrero de 2019, presentó ante la encartada solicitud de reconocimiento pensional por haber aportado en el sector privado desde el 16 de enero de 1979 al 30 de abril de 2019; que acredita un total de 1.315 semanas; que mediante Resolución SUB 111870 de 10 de marzo de 2019, Colpensiones le negó la prestación deprecada; que el 24 de mayo de 2019, formuló los recursos de ley contra el acto administrativo que negó la pensión de vejez; que mediante Resoluciones SUB 166279 de 27 de junio y DEP 6513 de 23 de julio, ambas del 2019, se confirmó la negativa al reconocimiento prestacional; que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución 3778 de 15 de agosto de 2007.

**CONTESTACIÓN** La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda, ejerció oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

escrito inaugural, al considerar que los imperativos de eficiencia que gobiernan la seguridad social y el carácter unitario del sistema hacen razonable que el legislador evite, en principio, que una misma persona goce de dos prestaciones que cumplen idéntica función, y ello encuentra fundamento en lo dispuesto en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, normativa que prohíbe al afiliado gozar simultáneamente de pensiones de vejez e invalidez, sumó a ello, que el artículo 128 constitucional, establece la imposibilidad de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público. **Excepciones:** Formuló las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 45 a 50)

#### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1° de febrero de 2021, resolvió **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez en cuantía inicial de 1.769.678,53 a partir del 1° de mayo de 2003; **condenar** a la encartada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir del 1° de mayo de 2019, junto con los reajustes correspondientes, autorizando a Colpensiones a el porcentaje que atañe a salud; condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 9 de agosto de 2019 hasta el momento efectivo de su pago; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra y **condenar** en costas al extremo pasivo. (Cd. Fl. 64).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en atención a la naturaleza jurídica de la prestación pensional que se reconoce a través del sistema general de pensiones, debe decirse que dicha retribución que



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

surge del sistema, no hace parte de lo que se denomina tesoro público a la luz de lo expuesto en el artículo 121 constitucional, y para el caso del demandante como quiera que los tiempos cotizados al ISS tienen su origen cotizaciones efectuadas por empleadores privados surge como un patrimonio autónomo, sumó a ello, que en materia de compatibilidad de pensiones, los docentes vinculados antes de la Ley 100 de 1993 y antes del Acto legislativo 01 de 2005, tienen un régimen especial. Por último, es de precisar que el órgano de cierre en materia ordinario laboral ha considerado que las prestaciones pensionales que reconoció el Magisterio y la que debe reconocer Colpensiones son compatibles, siempre que no se basen las prestaciones en los mismos ciclos de cotización. En tal virtud, la prestación que hoy se reclama debe estudiarse a la luz de la Ley 797 de 2003, al reunir los requisitos allí establecidos.

### **CONSULTA**

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el 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 **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** recorrió el traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que solicitó efectuar un estudio al fallo proferido por el sentenciador de primer grado, y para tal efecto solicita se tenga en cuenta que no resulta procedente condenar a la compatibilidad pensional, ello con base a lo previsto en literal c) del artículo 13 de la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Ley 100 de 1993, el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001 y artículo 128 de la Constitución Política Nacional.

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

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

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 8 a 18 del expediente.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si al demandante le asiste el derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión de vejez en coexistencia con la pensión de jubilación que le reconoció el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### **ESTATUS DE PENSIONADO**

En esta segunda instancia no es tema de controversia la calidad de pensionado que ostenta el señor César Gustavo Azuaje Richard,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

pues tal aspecto no fue cuestionado por la demandada y el mismo se encuentra acreditado con la documental que reposa a folios 36 a 38 del informativo, consistente en Resolución 3778 de 15 de agosto de 2007, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que se le otorgó al actor una pensión de jubilación en cuantía inicial de \$381.500 a partir del 1° de agosto de 2005.

### **PENSION DE VEEZ**

Ruega la parte actora por la condena a favor suya y en contra de la encartada, frente al reconocimiento y pago de una de la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2019, al considerar que si bien es cierto ya cuenta con la cobertura de la contingencia derivada de la vejez, no se puede desconocer que dicha prestación fue reconocida con base a previsiones que efectuó el trabajador como empleado público, entre tanto, la prestación que hoy reclama surge como consecuencia de la cotización de tiempos de origen privado, surgiendo una cobertura para un mismo propósito pero con fuentes de financiación diferentes y regímenes diferentes.

Así las cosas, con el objeto de establecer la procedencia del reconocimiento pensional deprecado, se adentra la Sala en el estudio de la norma pensional que resulta aplicable al caso del actor, teniéndose entonces 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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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 señor CÉSAR GUSTAVO AZUAJE RICHARD resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, como quiera que contaba con más de 40 años de edad para el 1º de abril de 1994, y que en atención a lo dispuesto en Acto Legislativo 01 de 2005, a 31 de julio de 2010, contaba con una densidad de semanas de 895.42 cotizadas al sistema; del mismo modo, para el 31 de diciembre de 2014, el demandante contaba con 64 años y un cúmulo de semanas cotizadas de 1.092.45.

Pese a lo anterior, y aun cuando el demandante es beneficiario del régimen de transición y que le asistiría derecho a que la prestación le fuera reconocida bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, debe la Sala indicar, que como quiera que la prestación se estudió y reconoció en primera instancia bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, aspecto este el cual no fue objeto de censura por parte del actor, y habiéndose asumido el conocimiento en esta instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pensional, no resulta procedente la modificación de la condena, al resultar imposible hacerle más gravosa la situación a la consultada.

Así las cosas, procede la Corporación a estudiar la prestación pensional bajo los derroteros de la Ley 797 de 2003, para lo cual se tiene que el artículo 9º de la citada disposición legal, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer, aunado a ello, haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de



enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

Al constatarse si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada, se tiene que nació el 31 de julio de 1950 (fl. 39), cumpliendo los 62 años de edad el 31 de julio de 2012, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran a folios 27 a 34 del informativo, se establece que cotizo un total de 1315.4 semanas, teniendo como última fecha de cotización el 30 de abril de 2019.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumple por parte del demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidara conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003.

A efectos de calcular el monto de la mesada pensional del actor, se tuvo en cuenta el promedio de las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral por ser más favorable, ya que esta arrojó un ingreso base de liquidación de \$2'542.292,35 al cual se le aplicó el 63.97%, dando como resultado una mesada pensional de \$1'626.177, en la medida que también se efectuó la liquidación con el promedio del cotizado durante los últimos 10 años, dado que cuenta que con más 1250 semanas cotizadas pero esta resultó con un valor de mesada pensional inferior, por cuanto el ingreso base de liquidación ascendió a \$1,072,892.70 al cual se le aplicó el 63.97%, tomando como resultado una mesada pensional por valor de \$ \$686,329.46.

En esa medida, y como quiera que el valor de la prestación pensional aquí reconocida resulta ser inferior a la concedida por el sentenciador de primera instancia, habrá de modificarse la sentencia en este aspecto,



para fijar como monto de la mesada pensional a la que tiene derecho el actor, la suma de **\$1'626.177**.

Pensión que se reconocerá a partir del 1° de mayo de 2019, en 13 mesadas al año, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales a que haya lugar, por cuanto a la fecha de la última cotización, esto es al 30 de abril de 2019, se encontraba activo en el sistema, sin que se evidenciara la novedad de retiro del mismo. En tal virtud, en lo atinente a la fecha de disfrute de la prestación, se confirmará la decisión del *a quo*.

#### **RETROACTIVO PENSIONAL**

Establecido como quedo el derecho del actor a percibir la prestación económica, y fijados los parámetros de su concesión, procede la Sala a fijar el monto del retroactivo pensional, el cual, liquidado a 28 de febrero de 2021, asciende a la suma de **\$17'940,309,00**. Por lo expuesto, habrá de modificarse la sentencia consultada en este aspecto.

#### **COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN SECTOR PRIVADO Y PÚBLICO**

En claro lo anterior, es menester de la Sala entrar a establecer si la pensión a la que tiene derecho el demandante por parte la Administradora Colombiana de Pensiones, resulta compatible con la pensión que la fue concedida mediante la Resolución 3378 de 15 de agosto de 2007, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. (fl. 36 a 38).

Para el efecto, vale la pena recordar que el goce de una pensión financiada con tiempos públicos es compatible con la pensión del ISS, siempre que esta se financie con recursos de carácter meramente privados, pues en ese estadio no se estaría contrariando el artículo 128



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

de la Constitución Política pues realmente no se estaría devengando más de una asignación del tesoro público. Máxime, cuando en una época antigua la Seguridad Social en el Sector Privado y en el Sector Público, eran administradas de forma separada por diferentes administradoras y aquellas personas que prestaban sus servicios en ambos sectores no contaban con la potestad de realizar sus aporte a la misma administradora, como quiera que contrario a lo que ocurre con la ley 100 de 1993, el trabajador no podía escoger ante qué entidad deseaba realizar sus cotizaciones a pensión, sino que estas imperiosamente debían ser efectuadas ante las entidades previstas por la ley. Por tanto, los perjuicios por acción y omisión del legislador deben ser resarcidos o reglados por la misma ley y por ello la jurisprudencia ha predicado su compatibilidad.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado en ponencia del 1° de marzo de 2013, dentro del proceso con radicación interna 17001-23-31-000-2009-00102-01(0375-11, al analizar un caso similar al presente sostuvo que:

**«Es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares. No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el ISS incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público».** (Negrillas fuera de texto).

Así mismo, de vieja data la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, entre otras en providencia del 27 de enero de 1995 con radicación interna 7109 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, moduló:

**«Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-exámene, 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**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**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».

Reiterada en sentencia con radicación 35761 de 2010, con ponencia del Magistrado Camilo Tarquino Gallego, oportunidad en la que enseñó:

*«A juicio de la Corte, fue equivocado el razonamiento del Tribunal para negar la pensión de vejez al demandante, prevalido de la simple consideración de que él es beneficiario de una pensión de jubilación legal a cargo del Departamento de Antioquia, atendiendo el carácter universal y único del Sistema de Seguridad Social, que impide el pago simultáneo de dos pensiones que cubren el mismo riesgo.*

*Así se afirma, por cuanto en este particular asunto, no resultan aplicables las disposiciones legales que le sirvieron de marco normativo al Tribunal para obtener tal inferencia y, tampoco, los referentes jurisprudenciales que lo apoyaron, pues los mismos no corresponden a las especiales características que se debaten en el subjuicio.*

*En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, sea el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad».*

Y en la sentencia con radicación 40413 del 4 de julio de 2012, Magistrado ponente Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que en suma explica:

*«Luego, en ningún yerro jurídico incurrió el Tribunal al considerar que por cumplir el actor, por estar amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, para acceder a la pensión de vejez, dado que reunió el número de semanas de cotización provenientes de empleadores particulares en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y sin lugar a reproche alguno por contar con la pensión oficial por cuanto, a su vez, había prestado el tiempo de servicios contemplado por la Ley 33 de 1985 al servicio del Estado, tenía derecho a la reclamada pensión de vejez.*

***«Ahora bien, en relación con las alegaciones concernientes a la imposibilidad de contar el actor con dos pensiones, una del sector público y otra del régimen común administrado por el Instituto de Seguros Sociales, con argumentos relativos al objeto de cada prestación e, inclusive, a la de su financiación, basta decir que son cuestionamientos más que superados por la jurisprudencia, pues de data bastante anterior se ha entendido por ésta que si la primera fue reconocida por servicios prestados al sector público con o sin aportes a las anteriormente llamadas 'cajas de previsión'; en tanto***



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**la segunda fue otorgada, a su vez, por prestarlos a empleadores particulares y con aportes al Instituto aquí demandado, las dos prestaciones emergen compatibles en favor del trabajador, pues en modo alguno su razón de ser, su objeto y su financiación se pueden confundir.** Predicamento que continúa vigente para quienes, siendo beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, prestaron sus servicios a empleadores públicos con anterioridad a su vigencia, e igualmente lo hicieron a particulares siendo afiliados a la entidad demandada por éstos desde aquella época, pero que por razón del requisito de edad apenas vienen a acceder al derecho pensional, en uno o los dos casos, en vigencia de esta nueva normatividad».

De esta manera, al quedar en claro que le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del sector privado conforme a las previsiones contenidas en la Ley 797 de 2003, junto con los respectivos incrementos anuales y como quiera que la misma se encuentra financiada de manera exclusiva por aportes del sector privado como bien se puede constatar del resumen de semanas cotizadas visible a folios 27 a 34, sin que tenga ninguna incidencia frente a la reconocida en el sector oficial; de suerte que, le asiste la razón al *a quo* al conceder la pensión de vejez al actor, en tanto se itera, esta es compatible respecto de la que le fue otorgada por el Fomag.

## **INTERESES MORATORIOS**

Sobre el tema, el artículo 141 de la ley 100 de 1993 es claro 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, a título de indemnización por la cancelación tardía de su derecho pensional.

Ahora bien, para el efecto resulta indispensable tener en cuenta que el artículo 9° de la ley 797 de 2003, les otorga a las administradoras un término de 4 meses para conceder el derecho pensional, en tanto la norma alude:

*«Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario,*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte».*

En el caso hoy puesto a consideración de la Sala se advierte que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de su pensión el 1º de febrero de 2019 (fl. 12 a 16). Sin embargo, la demandada despachó desfavorablemente la solicitud mediante Resoluciones SUB 111870 de 10 de mayo, SUB 166279 de 27 de junio y DEP 6513 de 22 de julio, todas de 2019, pese a que el demandante ya reunía los requisitos para acceder a la pensión de vejez, acorde se explicó en precedencia, causando de esta forma el derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios anhelados a partir del 6 de junio de 2019, sin embargo, como quiera que el juez de primera instancia tuvo como fecha de causación de los intereses el 9 de agosto de 2019, decisión que no fue censurada por el promotor del juicio, resulta plausible la confirmación de la sentencia consultada en este aspecto, aclarándose que no es posible modificar la condena en tanto la actuación se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, por lo que no resulta procedente hacer más gravosa la situación para la Entidad Estatal.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que habiéndose solicitado la prestación el 6 de febrero de 2019, y resuelta la misma de forma negativa mediante Resoluciones SUB 111870 de 10



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

de mayo, SUB 166279 de 27 de junio y DEP 6513 de 22 de julio, todas del 2019, y habiéndose radicado la demandan ante la oficina judicial de reparto el 11 de octubre de 2019, es patente concluir que dicho fenómeno extintivo no había operado. En tal virtud, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición dado que el conocimiento del presente asunto se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 1° de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CÉSAR GUSTAVO AZULAJE RICHARD** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, en el entendido de, **CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez bajo los apremios de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de mayo de 2019, en cuantía inicial de \$1´626.177,00, y por trece mesadas al año, junto con los respectivos reajustes de ley, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. .



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia consultada, en el entendido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a pagarle al demandante la suma de \$17.940,309,00, por concepto de retroactivo pensional liquidado a 28 de febrero de 2021, autorizado a la encartada a realizar los descuentos a salud correspondientes.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**CUARTO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición dado que el conocimiento del presente asunto se asumió 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**

**LUIS ALREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GUILLERMO SERNA MELENDEZ** CONTRA LA **NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA 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 veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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**,

---

<sup>1</sup> «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»



## I. SENTENCIA

**DEMANDA:** El señor **GUILLERMO SERNA MELENDEZ**, promovió demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que previo proceso ordinario laboral se condene a Colpensiones a liquidar la pensión de vejez con base a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, aplicando para ello una tasa de remplazo del 84%, a partir del 12 de noviembre de 2005 y tomando como IBL los salarios devengados entre el 1° de diciembre de 2000 y 13 de marzo de 2003; al pago del retroactivo pensional que surja con ocasión a la reliquidación pensional; la indexación de las sumas reconocidas; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo que resulte probado ultra y extra *petita*; las costas y agencias en derecho. (fl. 160 y 161)

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folio 153 a 159 del expediente, en los que en síntesis advierte, que nació el 12 de noviembre de 1945; que realizó aportes a seguridad social en pensión al Instituto de los Seguros Sociales en total de 1.176 semanas, entre tanto, acumuló 187 semanas más al servicio de la Contraloría General de la República; que laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores para el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2000 y el 13 de marzo de 2003; que el salario devengado para el año 2003 fue el de \$8'300.000; que para el interregno de 2001 a 2003, la Cartera de Relaciones Exteriores no reportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales los salarios realmente devengados; que mediante Resolución 23195 de 14 de junio de 2006, el ISS le reconoció una pensión de jubilación con base a la Ley 71 de 1988, a partir del 12 de noviembre de 2005 en cuantía inicial de \$1'632.413, aplicando para ello una tasa



de remplazo del 75%; que formuló ante el ISS recurso de reposición y apelación contra la anterior decisión; que mediante Resolución 2339 de 9 de septiembre de 2008, la entidad pensional reliquidó la prestación económica en cuantía de \$2'638.078; que el 1° de diciembre de 2008, solicitó nuevamente reliquidación de la mesada pensional, la cual fue negada el 10 de agosto de 2010; que la disminución en el monto pensional es atribuible al Ministerio de Relaciones Exteriores ante la omisión de reportar el verdadero salario devengado; que el 19 de enero de 2011, formuló petición ante la Cartera a efectos que realizara los aportes complementarios para los periodos 2000-2003; que el 24 de enero de 2011 convocó a la entidad a conciliación prejudicial, oportunidad en la que el Ente se comprometió a cancelar la suma de \$18'838.229 por concepto de aporte pensional que debía realizar; que mediante oficio de 6 de agosto de 2012, el citado Ministerio informa que el 17 de noviembre de 2011 pagó la suma acordada; que el 11 de enero formuló nueva solicitud de reliquidación pensional, la cual fue negada el 27 de abril de 2012; que luego de reiterar solicitudes ante Colpensiones a efectos de tener en cuenta los tiempos aportados por el empleador, el 5 de abril de 2013, solicitó nuevamente reliquidación pensional, la cual fue negada mediante Resolución GNR 120497 de 7 de abril de 2014; que a la fecha de presentación de la demanda no se verifica el cargue de los dineros reportados por el dador de laborío.

**CONTESTACIÓN** la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis, que la Entidad ha actuado en forma legal y en aplicación a las normas que regulan la materia, sumó a ello, que el régimen de transición se aplica sólo a la edad, el tiempo de servicios, el número de semanas y el monto de la pensión establecidos en el régimen anterior sin que dicho beneficio sea extensible a factores diferentes a los ya mencionados. **Excepciones:** Formulo como medios



exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 191 a 204).

A su turno, la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, al considerar que siempre realizó los aportes a pensión que le correspondían de conformidad con las normas especiales que regulan la materia frente a funcionarios del servicio exterior, sumó a ello, los aportes por concepto de pensión se hicieron con base a la realidad jurídica de los Decretos 10 de 1992 y 274 de 2000, sin que pueda predicarse efectos retroactivos a las sentencias C-173 y C-535. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos de falta de competencia, cosa juzgada, buena fe – inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, prescripción, especialidad del servicio exterior, cumplimiento de un deber legal, buena fe de la administración, aquiescencia del demandante y conocimiento de la existencia de la figura del salario a cargo equivalente en planta interna como factor de liquidación de prestaciones sociales y la genérica. (fl. 258 a 267).

#### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2021, resolvió **absolver** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante; **abstenerse** de pronunciarse



respecto a las excepciones propuestas por la encartada **condenar** en costas a la parte demandante. (Cd. Fl. 323).

Lo anterior por considerar el *a quo* que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que contiene el régimen de transición, permite a sus beneficiarios que se les respete los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión que contemplaba la norma anterior, entre tanto, frente a los demás requisitos diferentes a los ya mencionados, aquellos se rigen conforme la nueva legislación. En el caso del demandante, es claro que es beneficiario del régimen de transición y que ante ello se le reconoció la prestación bajo los apremios de la Ley 71 de 1988, sin embargo, omitió Colpensiones el estudio frente las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, norma que también le es aplicable al promotor del juicio; con todo, al examinar la historia laboral se observa que el demandante acumuló un total de 1.176, lo que le permite modificar la tasa de remplazo por aquella atinente al 84%, y en lo referente al IBL, si bien se tiene que el empleador depositó ante Colpensiones la diferencia reflejada en los aportes pensionales, el mismo no comporta la totalidad de los dineros que dispone la ley para constituir el aporte, pues la parte actora no cumplió con su deber de sufragar el porcentaje que le correspondía por ley, por lo que al no encontrarse plenamente sufragada la diferencia salarial, no resulta plausible impartir modificación alguna al IBL. Bajo esa orientación, al realizarse las operaciones aritméticas de rigor se encuentra que la prestación pensional, en la forma que es pretendida, resulta inferior a la que viene percibiendo, por lo que no resulta procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

### **CONSULTA**

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el 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:** En la oportunidad procesal concedida, la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** alegó escrito de alegaciones de conclusión, en los que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, ya que de acuerdo a la liquidación realizada se pudo ver que en principio le es más favorable la liquidación en virtud del Decreto 758 de 1990 solo por tasa de reemplazo, sin embargo, una vez revisada el pago de nómina se pudo establecer que la Prestación reconocida Mediante la Resolución N°.2339 del 9 de septiembre de 2008 es mayor, por cuanto a la fecha de emisión de la Resolución el actor devengaba una pensión por valor de \$3.885.985, motivo por el cual, en virtud del principio constitucional de la *Reformatio In Pejus*, inviable sería acceder a la pretensión principal de la demanda, por ir en contravía de los intereses económicos del actor.

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**

#### **RECLAMACION 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 constata de la documental obrante a folios 168 a 164 del informativo, consistente en solicitud de reliquidación pensional.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S le corresponde a esta Sala entrar a establecer si al demandante le asiste el derecho a la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para ello, las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicando una tasa de remplazo del 84% y como base para el IBL los salarios realmente devengados por el actor para el interregno de 1° de diciembre de 2000 al 13 de marzo de 2003.

### **STATUS DE PENSIONADO**

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GUILLERMO SERNA MELÉNDEZ, pues es patente que mediante la Resolución 23195 de 14 de junio de 2006, le fue reconocida la pensión de jubilación por aportes a partir del 12 de noviembre de 2005 y en cuantía inicial de \$1´632.413,00, aspecto que se corrobora con la documental obrante a folios 6 a 8 del informativo. Del mismo modo se puede constatar que mediante Resolución 2339 de 9 de septiembre de 2008, le fue reliquidada la prestación al accionante a partir del 12 de noviembre de 2005, en cuantía de \$2´638.078,00, en aplicación de la Ley 71 de 1988. (fl. 13 a 20).

### **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, resta por 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 84% y teniendo en cuenta los factores salariales que fueron efectivamente devengados para el interregno de 1° de diciembre de 2000 al 13 de marzo de 2003, tiempo que laboró al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, se debe precisar que, si bien en un primer momento el Instituto de los Seguros Sociales reconoció la prestación pensional del aquí demandante bajo los apremios de la Ley 71 de 1988, al advertir tiempos cotizados tanto al ISS como a otras Cajas de Previsión Social, y que con posterioridad dicha entidad reliquidó la prestación del actor con base a la condición más beneficiosa al contrarrestar la Ley 71 de 1988 y la Ley 797 de 2003, lo cierto es, que al demandante no se le verificó la condición pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Pues bien, siendo esta la norma que hoy ventila el promotor del proceso, y por la cual ruega su aplicación, surge imperioso para la Sala establecer la procedencia de tal aspiración.

Para tal efecto, comienza esta Corporación por señalar, que si bien, en un primer momento se sostuvo la tesis de la imposibilidad de acumular tiempos públicos y privados a efectos de reconocer las prestaciones económicas derivadas de la contingencia de la vejez, en aplicación a los Acuerdos expedidos por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, así como las previsiones propias del Decreto 758 de 1990, tal postulado ha sido modulado de tiempo atrás por parte de la H. Corte Constitucional desde la emisión de la sentencia SU-769 de 2014 y con posterioridad en la sentencia SU-057 de 2018, oportunidad en la que la Alta Corporación enseñó:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*«9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez. De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.*

*9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no sólo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.*

*9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional».*

Criterio que ha sido objeto de debate ante el Órgano de cierre en materia ordinaria laboral, pues de antaño había sostenido la Corporación la imposibilidad de acumular tiempos públicos y privados para de este modo hacer efectivo el estudio de la prestación pensional bajo los derroteros del Acuerdo 049 de 1990, pese a ello, en un pronunciamiento reciente, esto es, en la sentencia SL 1981 de 1° de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral recogió la vieja tesis y aceptó la procedencia de acumulación de tiempos públicos y privados a efectos de acceder o reliquidar una prestación pensional, oportunidad en la que moduló que:



*«(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.*

*(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.*

*(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.*

*(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.*

*(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.*

*De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales».*

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae, que aquellos beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye



la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

De este modo, para el caso de autos, se tiene que el demandante efectuó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales con diversos empleadores de estirpe pública como privada, así mismo, se detalla la prestación del servicio por parte dl promotor del juicio a favor de la Contraloría General de la Nación, consumando cotizaciones a la extinta Cajanal, por consiguiente, siendo el señor Serna Meléndez beneficiario del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, le es aplicable los principios orientadores de dicha disposición normativa, lo que le permite beneficiarse del literal f) del artículo 13 de la norma en comento, para de este modo, al momento de estudiarse la prestación pensional, tenerle en cuenta todos los tiempos efectivamente laborados sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, resultando así plenamente valido estudiar el derecho pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

Dicho lo precedente, y habiéndose establecido el derecho que le asiste al promotor del juicio para que su prestación sea estudiada bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, 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 el artículo 20 del citado Decreto 758 de 1990, preceptiva que dispone que la tasa de reemplazo para pensiones de 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 aparecen reflejadas una densidad de 1.185,01



semanas cotizadas al ISS exclusivamente (fl. 181), y un total de 186.85 semanas cotizadas a Cajanal (fl. 135 a 137), acumulando así un total de 1.371,85, lo que implica que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%, y no como lo dispusiera sentenciadora de primer grado del 84%, tasa que resulta superior a aquella aplicada para el reconocimiento pensional, en tanto como bien se dijo en precedencia, al demandante se le liquidó la pensión con base a la Ley 71 de 1988, en aplicación de una tasa de reemplazo del 75%.

Una vez dilucidada la tasa de reemplazo, es del resorte de la Corporación establecer si el IBL fue debidamente calculado. Sobre el particular, encontramos que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, les asiste el derecho a que su pensión les sea liquidada, en caso tal de que les faltaren menos de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, con el promedio del tiempo que les hiciera falta para ello, o lo devengado durante todo el tiempo laborado. Con todo, en caso de que les faltare más de 10 años para pensionarse, por disposición del artículo 21 de la ley 100 de 1993, el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, en este último evento, siempre que cuenten con más de 1250 semanas cotizadas. Criterio que ha sido asentado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, recientemente reiterado en la sentencia SL4783 de 2018, cuando indicó:

*«Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*(...) Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones:*

*(i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y*

*(ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo»*

Siendo ello así, y en consideración a que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 al demandante le faltaban más de 10 años para pensionarse, la norma llamada a gobernar la forma de liquidar la misma, no es otra que el artículo 21 de la ley 100 de 1993, disposición legal que fue precisamente la aplicada por la pasiva al liquidar la pensión del actor en las anteriormente citadas resoluciones de reconocimiento prestacional.

Con base a lo anterior, debe precisarse que mediante Resolución 23195 de 14 de junio de 2006, el otro Instituto de los Seguros Sociales procedió a reconocer y pagar la pensión de vejez del demandante en cuantía inicial de \$1´632.413, al tomar como IBL la suma de \$2´176.551 y aplicar la tasa de remplazo del 75%, reconocimiento que fue objeto de modificación por parte de la misma Entidad mediante Acto Administrativo 2339 de 9 de septiembre de 2009, oportunidad en la que tomó como IBL el valor de \$3´517.437, tomando la totalidad de lo cotizado en toda la vida laboral del actor y le aplicó la citada tasa de remplazo arrojando así un valor de la mesada pensional de \$2´638.078



pesos. (fl. 14 a 20).

Pese a todo lo anterior, el convocante a juicio se duele de la liquidación efectuada por la Entidad pensional, pues a su decir, no se tuvo en cuenta los salarios realmente devengados para el interregno de 1° de diciembre de 2000 al 13 de marzo de 2003, en tanto para dichas calendas percibió asignaciones en las cuantías que se proceden a relacionar: i) año 2000, la suma de \$5´202.000; ii) año 2001, la suma de \$5´720.000; iii) año 2002, la suma de \$6´180.000; iv) enero y febrero de 2003, la suma de \$6´640.000 y v) marzo de 2003, la suma de \$8´300.000, salarios que no fueron debidamente reportados por el empleador, en tanto se cotizó bajo las siguientes asignaciones: i) año 2000, la suma de \$1´520.000; ii) enero a julio del año 2001, la suma de \$1´661.000 y de agosto a diciembre de la misma anualidad, la suma de \$1´702.000; iii) enero a abril del año 2002, la suma de \$1´732.000, y de mayo a diciembre de ese año, la suma de \$1´816.000 y iv) enero a marzo de 2003, la suma de \$1´816.000.

Sobre este puntual tópico, debe decirse que en efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, empleador del demandante para los años 2000 a 2003, realizó cotizaciones a pensión en proporción menor a lo efectivamente percibido por el ex trabajador, ello en atención a lo dispuesto en los Decretos 10 de 1992 y 274 del 2000; pese a lo anterior, y en atención a los fallos proferidos por la Corte Constitucional en la sentencias C-173 de 2004 y C-535 de 2005, si bien a consideración de la Cartera no procede la irretroactividad de las decisiones allí plasmadas, surtió audiencia de conciliación el 26 de agosto de 2011 ante el Juzgado 20 Administrativo de Bogotá, en la que se comprometió a cancelar la suma de \$18´838.229, por concepto de diferencias en los aportes a seguridad social, acta de conciliación que fue aprobada por las partes y por la autoridad judicial en su momento. (fl. 55 a 64).



Ahora bien, al examinar el cumplimiento de lo acordado, se tiene que a folios 69, 70 y 72 a 74 del informativo, reposa orden de pago emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a favor del Instituto de los Seguros Sociales en suma de \$18'838.229, mismo que afirma la encartada haber recibido y aplicado las correcciones a que hubo lugar, sin embargo, al revisar las historias laborales que fueron incorporadas al plenario para los años 2013, 2014 y 2015, mismas que son emitidas por Colpensiones (fl. 98 a 104, 125 a 129 y 181 a 183) y la relación de novedades sistema de autoliquidación de aportes mensual – pensión, expedido por el ISS (archivo digital denominado «C.C.-17132428\_ExpCompleto\_6pdf»), se advierte que desde el 15 de junio de 2005, fecha anterior al depósito realizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el IBC del demandante no ha sido modificado, lo que implica que al momento de liquidarse la prestación pensional no se tuvo en cuenta el aporte realizado por la Cartera por la suma de \$18'838.229, por concepto de diferencias de aportes pensionales.

Con fundamento a lo anteriormente dicho, y como quiera que al demandante no se le tuvo en cuenta los valores transferidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores por la suma ya antes referida, y que la tasa de remplazo asciende al 90% conforme lo prevé el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aunado a que, al momento de liquidarse la prestación no se tuvo en cuenta los tiempos laborados a la Contraloría General de la Nación, es surge patente la reliquidación de la prestación pensional del promotor del juicio.

Pese a ello, sería lo propio entrar a fulminar condena en concreto como lo dispone el artículo 283 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T., y de la S.S., si no fuera porque, al haberse depositado por parte del empleador Ministerio de



Relaciones Exteriores la suma de \$18'838.229, por concepto de diferencias en aportes pensionales, sin que las mismas hayan sido imputada por la Entidad pensional, es que surge la necesidad de corregir la historia laboral, y para ello, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones deberá reajustar los valores inicialmente aportados con aquellos que en verdad debió reportar el empleador, y para tal efecto, deberá tener en cuenta la suma transferida por este y que fuera objeto de conciliación ante el Juzgado 20 Administrativo de Bogotá.

Una vez efectuada tal operación, surge la obligación para Colpensiones de liquidar la prestación pensional del señor Guillermo Serna Meléndez con sujeción las previsiones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para ello, una tasa de remplazo del 90%, y para efectos del IBL, se deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con los aportes sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador o los de los últimos 10 años, lo que le resulte más favorable al afiliado.

Debe destacar la Sala, que si una vez realizadas las anteriores operaciones aritméticas, resultará la prestación pensional inferior a la que viene devengando el promotor del juicio, deberá respetarse del derecho ya reconocido y conservarse incólume la prerrogativa ius fundamental.

Por lo hasta aquí expuesto, es que surge patente la revocatoria de la sentencia consultada, para en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a corregir la historia laboral del demandante, teniendo en cuenta el IBC reportado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, junto con la suma que por concepto de diferencia de aportes pensionales le



consignó el citado empleador al otrora Instituto de los Seguros Sociales por valor de \$18'838.229, ello aplicado a los ciclos de 1° de diciembre de 2000 al 13 de marzo de 2003, se suma a lo anterior, que para efectos del cómputo de semanas, la encartada deberá tener en cuenta los periodos laborados por el demandante ante la Contraloría General de la Nación y que fueran cotizados a la extinta Cajanal.

Una vez efectuada la anterior corrección, proceda la encartada Colpensiones a reliquidar la prestación pensional del señor Guillermo Serna Meléndez con sujeción las previsiones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para ello, una tasa de remplazo del 90%, y para efectos del IBL, se deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con los aportes sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador o los de los últimos 10 años, lo que le resulte más favorable al afiliado.

**COSTAS.** Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de la demandada. En esta segunda instancia las mismas están a cargo de Colpensiones conforme lo dispone el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T., y de la S.S., se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada



el 9 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GUILLERMO SERNA MELENDEZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a corregir la historia laboral del demandante, teniendo en cuenta para ello, el IBC reportado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, junto con la suma que por concepto de diferencia de aportes pensionales le consignó el citado empleador al otrora Instituto de los Seguros Sociales por valor de \$18'838.229, lo anterior aplicado a los ciclos de 1° de diciembre de 2000 al 13 de marzo de 2003, se suma a lo anterior, que para efectos del cómputo de semanas, la encartada deberá tener en cuenta los periodos laborados por el demandante ante la Contraloría General de la Nación y que fueran cotizados a la extinta Cajanal, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a que una vez efectuada la corrección en la historia laboral del actor ordenada en el numeral inmediatamente anterior, proceda a reliquidar la prestación pensional del señor **GUILLERMO SERNA MELÉNDEZ** con sujeción las previsiones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para ello, una tasa de remplazo del 90%, y para efectos del IBL, se deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con los aportes sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador o los de los últimos 10 años, lo que le resulte más favorable al afiliado.

Una vez se realicen las anteriores operaciones aritméticas, si resultará la prestación pensional inferior a la que viene devengando



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

el promotor del juicio, deberá Colpensiones respetarle del derecho ya reconocido y conservarse incólume la prerrogativa *ius* fundamental que viene disfrutando.

**TERCERO: COSTAS** Las costas de primera instancia deberán correr a cargo de la demandada. En esta segunda instancia las mismas están a cargo de Colpensiones conforme lo dispone el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T., y de la S.S., se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JORGE FERNANDO DÍAZ RAMÍREZ** CONTRA **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. -AVIANCA S.A. Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO- SERVICOPAVA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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,

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## SENTENCIA

**DEMANDA:** El señor **JORGE FERNANDO DÍAZ RAMÍREZ** por intermedio de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con AVIANCA S.A. desde 23 de octubre de 2003 hasta el 11 de agosto de 2015, el cual feneció por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora, además de la responsabilidad solidaria con la COOPERATIVA DE TRABAJO SERVICOPAVA, por realizar actividades de intermediación laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene solidariamente a las demandadas al pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada y las costas del proceso. (folios 4 a 15 del cuaderno 1).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de hecho relatados a folios 1 a 3 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 23 de octubre de 2003 suscribió convenio de asociación con la PRECOOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, con el objeto de desarrollar las funciones de “*LIDER GROUND HANDLING HUB-EDR AVIANCA BOGOTÁ*” o Líder de Operaciones en Tierra en Avianca Bogotá, las cuales fueron desempeñadas en el Área de Rampa de la Estación de Servicios AVIANCA S.A. hasta el 11 de agosto de 2015; que durante la vigencia del contrato siempre estuvo bajo la subordinación del personal de AVIANCA S.A. Refiere que el 31 de marzo de 2012 tuvo un incidente de carácter laboral con el piloto del vuelo AVA 284 con destino a la ciudad de Nueva York, por una presunta insubordinación laboral de su parte; que por tal hecho fue citado junto con el Capitán del vuelo, por el Director de Seguridad de Avianca para escuchar a



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

cada una de las partes sobre lo sucedido; empero únicamente fue escuchado el Capitán del vuelo, siéndole ordenado al demandante el abandono del Aeropuerto y la entrega de su carné, bajo el argumento que representaba un peligro para la operación; que el 13 de abril de 2012 fue citado por el Jefe de Asuntos Internos de Avianca S.A. a fin de rendir versión libre sobre el incidente referenciado; que el 13 de agosto de 2015 le fue notificada la Resolución No. 150 expedida por SERVICOPAVA, donde le comunicaron el retiro de las labores asociativas que venía desempeñando, dado que no era posible su reubicación dentro de la Precooperativa; que el 28 de agosto de 2015, SERVICOPAVA le entregó paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones debidas.

**CONTESTACIÓN:** La demandada **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA S.A EN LIQUIDACIÓN** contestó la demanda, en la que se opuso a las pretensiones, por considerar que con el accionante no ha existido nunca un contrato de trabajo escrito a término indefinido, pues con este se celebró un convenio de asociación firmado y aceptado por las partes, el 23 de agosto de 2003, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, el cual terminó mediante Resolución de retiro número 150 del 11 de agosto de 2015, de conformidad con los estatutos vigentes y lo contemplado en el artículo 29 del régimen de trabajo asociado, esto es, ante la imposibilidad de la CTA de reubicar al actor en un puesto de trabajo. Aclaró que entre SERVICOPAVA y AVIANCA S.A. existe un contrato de prestación de servicios en la modalidad de oferta mercantil y orden de compra de servicios, en virtud del cual la CTA de manera autónoma, independiente y autogestionaria, cubre la totalidad de los procesos y sub procesos que no están contemplados dentro la actividad misional, en las etapas productivas de dicha empresa, en cuyo desarrollo participó el demandante. **Excepciones:** Propuso los medios exceptivos



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

denominados cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica. (fls. 181 a 201 del cuaderno).

A su turno, **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que, entre el demandante y la sociedad no ha existido relación laboral, ni de ninguna naturaleza, amén que entre SERVICOPAVA y AVIANCA se suscribió oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, siendo estos prestados a través de los asociados de la CTA, de acuerdo con la legislación vigente, contando esta con plena autonomía técnica, administrativa y directiva. Concluye afirmando que la responsabilidad solidaria anhelada en la demanda carece de todo sustento jurídico, dado que no se cumplen los supuestos contenidos en el artículo 34 del CST, pues además de la autonomía con la que contaba la Cooperativa, la oferta mercantil versó sobre actividades que normalmente no son, ni han sido ejecutadas por AVIANCA. **Excepciones:** Propuso los medios exceptivos denominados inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica o innominada. (fls. 135 a 141).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de octubre de 2020, decidió **declarar** la existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y AVIANCA S.A. desde el 23 de octubre de 2003 hasta el 11 de agosto de 2015; **condenar** solidariamente a las demandadas a pagar al actor la suma de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

\$15.434.425, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual deberá ser cancelada debidamente indexada; **declarar** no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación, propuestas por las demandadas, en relación con la pretensión de indemnización por despido sin justa causa; **absolver** a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas, respecto de las cuales se declaran probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; **condenar** en costas al extremo pasivo. (medio magnetofónico a folio 873).

Lo anterior por considerar el *A quo* que del elenco probatorio se constata que entre el demandante y Avianca en realidad existió un contrato de trabajo, dado que las funciones desarrolladas por aquel están directamente relacionados con el objeto social de la citada, quien utilizó la Cooperativa de Trabajo Asociado como intermediaria, lo cual se encuentra expresamente prohibido por la ley para esta clase de organizaciones, de suerte que a la luz del principio de la primacía de la realidad debe reconocerse el vínculo alegado por los extremos aducidos en el *libelo* introductor y cuyo finiquito tuvo lugar el 11 de agosto de 2015; a lo que agrega que los pagos realizados por Servicopava a favor del actor a título de compensación ordinaria, compensación extraordinaria, compensación anual, rendimientos y compensación semestral se corresponden con los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, no habiendo lugar a condena por dichos emolumentos. Añade que la decisión de terminar el acuerdo de trabajo asociativo mediante comunicación del 11 de agosto de 2015, bajo el argumento de no poder asignársele al demandante nuevas funciones, constituye una terminación del contrato sin justa causa que da lugar al reconocimiento de la correspondiente indemnización, a cargo de ambas demandadas, por ser la Cooperativa de Trabajo Asociado una simple intermediaria.

### **RECURSOS DE APELACIÓN:**

La demandada **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA** elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, manifestando en síntesis, como motivos de disidencia



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

que las pruebas allegadas al proceso fueron desatendidas por el Juzgado de Conocimiento porque de ellas resulta claro que el demandante suscribió un convenio asociativo, en virtud del cual adquirió la calidad de asociado de Servicopava, hecho que tuvo lugar por solicitud del demandante quien de su puño y letra firmó la petición de ingreso, al igual que la autorización para el descuento de aportes sociales, que le fueron devueltos con el respectivo incremento, teniendo de esta manera derecho a las respectivas utilidades, que nunca le hubieren sido reconocidas durante la ejecución de un contrato de trabajo. Añada que el actor solicitó de manera reiterada permisos ante Servicopava y no a la empresa cliente Avianca, además requirió y disfrutó los períodos de compensaciones de descanso anual, debidamente concedidos por Servicopava, siendo patente que quien ejercía la mal llamada subordinación, lo fue la CTA, teniendo así plena validez el convenio asociativo referido. Concluye advirtiendo que en tratándose de convenios asociativos, no tiene cabida la indemnización por despido sin justa causa, además, la resolución que dio finalización al mismo, se encuentra debidamente fundada en los estatutos y en el régimen de trabajo asociado de la cooperativa, reconocidos y avalados en debida forma por el Ministerio del trabajo, a lo cual añadió que el actor no presentó una efectiva prestación del servicio desde el año 2012, pues se encontraba en su casa, recibiendo las compensaciones mensuales, semestrales y anuales, dado que no contaba con un cargo para ser reubicado.

A su turno, la **convocada AVIANCA S.A. interpuso recurso de alzada** aludiendo para el efecto que del elenco probatorio resulta claro que entre el demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado existió un convenio asociativo, de suerte que con Avianca no medió ningún tipo de vínculo, máxime que el convocante ejerció sus funciones de manera autónoma, relacionadas con la asistencia en tierra, que no hacen parte de su objeto social, como se observa del Certificado de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

existencia y representación legal, documento del cual se evidencia que sus actividades lo son el transporte de carga y pasajeros, así como aseo y ubicación de aviones. Señala que los pagos efectuados al demandante, fueron reconocidos por Servicopava, por tanto no le asiste razón al A Quo, quien apreció de manera inadecuada las pruebas testimoniales, que al ser analizadas en conjunta evidencian claras contradicciones. Agrega que conforme a sentencias proferidas por el Tribunal, en casos similares al *sub judice*, se ha definido que el convenio asociativo está llamado a producir sus efectos, amén que respecto del actor no quedó demostrado ningún tipo de subordinación por parte de Avianca S.A.

Mediante escrito allegado al Juzgado vía correo electrónico, el 29 de octubre de 2020, la parte actora manifestó que presentaba adhesión al recurso de apelación formulado por la parte pasiva, en los términos del parágrafo 1º del artículo 322 del CGP. (fls. 875 a 878).

#### **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 AVIANCA S.A.:** Anunció que quedó plenamente demostrado que el demandante nunca fue trabajador de la sociedad, ni tuvo ninguna clase de vinculación laboral con la misma; adicionalmente la decisión de finalizar su vínculo contractual estuvo en cabeza de un tercero ajeno y dentro de la cual no tuvo ninguna injerencia AVIANCA S.A; los pagos de las compensaciones recibidas por el actor, los permisos, las órdenes y la facultad disciplinaria estuvo en cabeza de SERVICOPAVA, además la subordinación existente en la ejecución de sus labores se desprendió de dicha



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

cooperativa, sin ninguna clase de intervención de parte de Avianca. Indica que el Tribunal ha analizada en varios casos que versan sobre los mismos hechos y ha establecido la inexistencia de responsabilidad de la contratante de los servicios prestados por la Cooperativa Servicopava. Por tanto, solicita la revocatoria de la decisión opugnada y en su lugar absolver a la sociedad de las pretensiones invocadas por el actor.

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 el 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 JORGE FERNANDO DÍAZ RAMÍREZ y AVIANCA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de octubre de 2003 hasta el 11 de agosto de 2015, y si como consecuencia de ello, deviene el pago la indemnización por despido sin justa causa, en cabeza de las demandadas, por vía de responsabilidad solidaria.

### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio de la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al 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 lo expuesto por el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión analógica del artículo 145 del Estatuto Adjetivo 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, 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.”*



Ahora, en tratándose de cooperativas de trabajo asociado, el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, las define como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Así mismo, el inciso primero del artículo 59 de la citada ley, dispone:

*“En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho”*

No obstante, en el evento en que se demuestre que entre la Cooperativa y la empresa beneficiaria del trabajo, se llevaron a cabo prácticas de intermediación laboral y que los trabajadores de la cooperativa eran subordinados de la beneficiaria, el trabajador asociado se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se favorezca de su trabajo (artículo 16 Decreto 4588 de 2006), deviniendo en que el tercer contratante y la cooperativa serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado (artículo 17 Decreto 4588 de 2006).

En ese orden de ideas, y con el fin de determinar si existió o no un contrato de trabajo entre el demandante y AVIANCA S.A., así como la intermediación laboral ejecutada por la CTA SERVICOPAVA, la Sala analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con los artículos 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., esto es, copia de convenio de trabajo asociado suscrito entre el accionante y la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

CTA SERVICOPAVA del 23 de octubre de 2003, junto con certificaciones de asociación a la Cooperativa e inscripción individual de afiliado (folios 36 a 39, 656 a 657 y 658); copia de funciones de Líder de Asistencia en Tierra (folios 40 a 42); certificado paz y salvo y liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación (folios 43 a 44 y 798 a 799); Régimen de Trabajo Asociado (folios 45 a 59 y 242 a 256); fotografía del demandante (folio 60); nóminas o extractos del asociado (folios 61 a 67); citación a descargos y acta de audiencia (folios 68 a 75); Resolución No. 150 y su notificación (folios 76 a 78 y 664 a 667); histórico de pagos al Sistema de Seguridad Social Integral del demandante (folios 79 a 89 y 668 a 700); Estatutos de Servicopava (folios 203 a 241); Régimen de Compensaciones (folios 257 a 264); dos ofertas mercantiles emitidas por la CTA SERVICOPAVA del 1º de agosto de 2003 y del 5 de febrero de 2009, junto con 7 Otro sí al contrato surgido de su aceptación por parte de AVIANCA, mediante órdenes de compra de servicios (folios 142 a 154 y 265 a 305); formularios de autoliquidación de aportes diligenciados por SERVICOPAVA (folios 701 a 780); histórico de pagos efectuados al demandante (folios 781 a 797); contrato de comodato precario celebrado entre las demandadas junto con 6 Otro sí (folios 306 a 465); notificación terminación del contrato surgido de la aceptación por parte de AVIANCA de la oferta mercantil emitida por SERVICOPAVA (folios 647 a 648); certificaciones emitidas por SERVICOPAVA (folios 649 a 650); solicitud dirigida a la Superintendencia de la Economía Solidaria, tendiente a obtener el respectivo control de legalidad sobre la disolución y liquidación de SERVICOPAVA (folios 651 a 654); informe de accidente de trabajo (folios 659 a 660); solicitudes de compensaciones anuales elevadas por el demandante (folios 800 a 808); solicitudes de permisos por calamidad formuladas por el demandante (folios 809 a 810); comunicaciones sobre aplicación de descanso anual dirigidas al demandante (folios 811 a 815); pagarés y libranzas (folios 814 a 822).



Así mismo, obra testimonio rendido por el señor ÓSCAR FELIPE GARZÓN MURCIA, quien conoce al demandante desde el año 2001 por ser compañero de trabajo en AVIANCA S.A.; indicó que desconoce las razones por las cuales el actor fue desvinculado de la compañía dado que trabajó allí hasta el año 2010; aduce que ambos desempeñaban las mismas funciones en el cargo de Líder de Asistencia en tierra, bajo la subordinación y acatando órdenes impartidas por el personal de AVIANCA; que el actor tenía a su cargo un grupo de personal, manejaba el vehículo dispuesto para cargar las maletas, cargaba equipos de aviones, al igual que capacitaba y formaba nuevos talentos dentro de la compañía; igualmente, brindaba asistencia a la aerolínea TACA, que actualmente es miembro de AVIANCA, todo ello bajo la subordinación de funcionarios de la sociedad, en particular de Jairo Alarcón, en condición de Jefe de Aseguramiento de la calidad y Álvaro Ospina como alto directivo de Asistente en Tierra.

Añade el testigo que los pagos de la remuneración eran efectuados por SERVICOPABA, con quien tenían un convenio de trabajo asociado; que las capacitaciones que les eran impartidas a él y al actor tuvieron lugar en las instalaciones de AVIANCA, a través de los despachadores directos de la compañía y con base en los manuales de operaciones de esta; que las dotaciones eran suministradas por los operadores de AVIANCA, las cuales incluían prendas marcadas con distintivos alusivos al nombre de la empresa, tanto en el pecho como en la espalda; que el actor utilizaba un carné de AVIANCA y la OPAÍN, precisando que el mismo no hacía alusión a SERVICOPABA; que la señora Ángela María Sierra Vicepresidenta de Servicios de AVIANCA, quien además tenía la calidad de jefe directo del testigo y el demandante, siempre les manifestó que los recursos para realizar el reconocimiento de la remuneración mensual provenía de la citada;



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

que los turnos inicialmente eran designados por personal de AVIANCA y posteriormente, por personal de la CTA, pero orientados por funcionarios de AVIANCA; que el testigo y el demandante podían ingresar a un casino, lugar donde se les distribuía los alimentos, y al cual ingresaba igualmente personal de AVIANCA (Cd. a folio 868).

Igualmente, rindió su declaración el testigo HEIBER REINA MOSQUERA, de quien no prosperó la tacha por sospecha formulada por las demandadas; indicó que conoció al actor en el Aeropuerto como Líder de Operación en Tierra, precisando que también pertenecía a la CTA SERVICOPABA, y en algunas ocasiones fue subalterno del actor como asistente en tierra; que el demandante desempeñaba funciones de asistencia de los aviones de AVIANCA en tierra, como por ejemplo supervisión de tanqueo y conservación de espacio de seguridad del avión; que tanto el testigo como el demandante fueron despedidos el mismo día; que los turnos eran asignados al actor por el señor Álvaro, quien estaba directamente vinculado con AVIANCA, los cuales se controlaban por medio de un reloj Biométrico; que Javier Alarcón les hacía requerimientos por correo electrónico y se identificaba como funcionario de la citada compañía; que también eran requeridos por Raúl y Álvaro Ospina, trabajadores directos de AVIANCA y ante ellos se rendían descargos cuando así lo solicitaban; que utilizaban dotación y vehículos de AVIANCA, precisando que la misma era entregada en el Hangar 2 por personal de la empresa en mención; que el carné tenía el distintivo de AVIANCA; que los despachadores contratados directamente por la empresa AVIANCA, lo cual le consta porque ese cargo no era delegado a ningún intermediario, les impartían instrucciones, capacitaciones y cursos a él y al testigo. (Cd a folio 868).

Finalmente, YANCET AMADO OROZCO (Cd. a folio 873), quien trabaja a favor de SERVICOPAVA como abogada desde el año 2014,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

afirmó que conoce el vínculo asociativo que la CTA celebró con el demandante porque tuvo acceso a la carpeta de este, en la cual además, pudo constatar que al actor se le pagaban aportes al Sistema de Seguridad Social, asimismo que se le reconoció la liquidación definitiva de compensaciones por cancelación del Acuerdo Asociativo; afirmó que en dicha carpeta también pudo avizorar que al demandante se le reconocieron compensaciones anuales; que los asociados podían pertenecer al COPASS y participar en las asambleas de la Cooperativa; que nunca conoció al actor, y que solo le consta lo que revisó en su carpeta.

Del anterior relato fáctico, viable es colegir la prestación humana del servicio del demandante a favor de AVIANCA S.A., y por ende, la existencia de un contrato de trabajo bajo la institución nominada “*contrato realidad*” en virtud a lo normado por el artículo 24 del CST, sin que la convocada a juicio haya cumplido con la carga probatoria que le asiste, en el sentido de desvirtuar la presunción contenida en la referida norma.

Lo dicho encuentra sustento, en lo manifestado por los testigos allegados por la parte actora, quienes tuvieron conocimiento directo de la manera en como el demandante prestó sus servicios, al ser sus compañeros de trabajo, y de cuyas declaraciones es patente que AVIANCA S.A. ejerció actos propios del poder subordinante del empleador respecto de DÍAZ RAMÍREZ, en tanto, no solo le impuso turnos de trabajo y entregó la correspondiente dotación con distintivos de la empresa a través de su personal, sino también que lo capacitó y le impartió órdenes para ejercer labores que claramente son parte de su objeto social, dado que la asistencia en tierra de los Aviones, de manera diáfana se encuentra íntimamente relacionada con la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas, como una de las actividades que da cuenta su



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

certificado de existencia y representación legal obrante a folios 123 a 134 del paginario.

Sin que ello pueda entenderse desvirtuado por el Convenio Asociativo que el actor suscribió con SERVICOPAVA y los pagos que ésta realizó a su favor, como se encuentra claramente demostrado con la prueba obrante en el proceso, dado que no se demostró que el demandante fuera socio cooperado, pues no se allegó como prueba *ad sustanciam actus*, la solicitud de afiliación del señor DAIZ RAMÍREZ a la CTA SERVICOPAVA, ni la respectiva aceptación de dicha vinculación por la citada.

De manera que, no les asiste razón a las demandadas en su alzada, porque de la valoración del elenco probatorio es pertinente concluir que la CTA SERVICOPAVA sí actuó como intermediaria de AVIANCA S.A. al vincular al actor a través de un contrato de trabajo asociado, muy a pesar de la subordinación que aquella ejerció sobre este en cumplimiento de labores propias del giro ordinario de sus negocios, en desconocimiento de las normas que regulan este tipo de contratación, las cuales además, establecen claramente las consecuencias de soslayar sus prohibiciones, cuales son considerar a la CTA como simple intermediaria y al tercero contratante como verdadero empleador, ello se insiste, según las voces de los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 del 2006, que a la letra disponen:

**“ARTÍCULO 16. DESNATURALIZACIÓN DEL TRABAJO ASOCIADO.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.1.15 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

**ARTÍCULO 17. PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.1.16 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.*

*Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.” (Subraya fuera de texto).*

En ese orden de ideas, resulta claro que lo que existió entre el demandante y AVIANCA S.A. en la realidad correspondió a un contrato de trabajo reglado bajo los preceptos del Código Sustantivo de Trabajo, dentro de los extremos indicados en la demanda, esto es, desde el 23 de octubre de 2003 y el 11 de octubre de 2015, dado que tanto del Convenio de Asociación (fl.36), como de la liquidación final de compensaciones (fl. 43) y de la Resolución que dio por terminado el mismo (fls. 77 a 78), se tiene que el vínculo laboral estuvo vigente por todo ese lapso de tiempo, y muy a pesar que en dicha resolución se afirme que el actor no presta sus servicios desde el 31 de marzo de 2012, pues ello no encuentra respaldo en ningún otro medio de convicción, y por el contrario se observa que se le continuaron haciendo pagos y aportes a seguridad social hasta el año 2015 (fls. 487 a 509 y 613 a 616).

## **DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA**

Sobre el despido sin justa causa y la consecuente indemnización, baste con decir que, en el presente caso, el vínculo de trabajo fue terminado por decisión de la CTA enjuiciada, quien a través de la Resolución 150 del 11 de agosto de 2015, resolvió:

*“...Que el (la) asociado(a) no presta sus servicios a la Cooperativa desde fecha 31 de Marzo de 2012, la imposibilidad de reubicarlo dentro de la*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*COOPERATIVA por razones de la prestación del servicio, y que por lo anterior, se ha prestado la necesidad de la Cooperativa cancelar el puesto de labor asociativa que el (la) señor (a) JORGE **FERNANDO DÍAZ RAMÍREZ.***

(...)

**ARTÍCULO PRIMERO:** *Retirar del puesto de labor al (la) asociado (a) JORGE FERNANDO DÍAZ RAMÍREZ identificado (a) con C.C. 93296218, de conformidad con lo expresado en los considerandos y parte motiva de la presente resolución desde el día 11 de Agosto de 2015...” (folios 77 a 78).*

Finiquito que no se corresponde con ninguna de las justas causas establecidas en el artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, de suerte que el mismo se tornó en injusto y de contera, es procedente el reconocimiento de la indemnización de que trata el artículo 64 *ejusdem*, como lo determinó el A Quo, cuya liquidación debe mantenerse incólume, dado que no fue materia de alzada.

En lo que concierne a la apelación adhesiva propuesta por la activa (fls. 875 a 878), conviene indicar que la misma no es procedente en materia laboral, en tanto que la remisión al Código General del Proceso, solo tiene lugar a falta de disposición especial en el procedimiento del trabajo, lo cual no ocurre respecto del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, porque el mismo debe ser formulado y sustentado una vez ésta se profiere, de manera estrictamente oral en la audiencia de trámite y juzgamiento, de conformidad con el artículo 66 del CPT y de la SS, por manera que sobre la alzada de la parte actora, la Sala no hará ningún pronunciamiento por no formularse de manera oportuna.

Dimanando de lo expuesto la confirmación del fallo impugnado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **COSTAS**

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una, liquídense en primera instancia.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 26 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JORGE FERNANDO DÍAZ RAMÍREZ** CONTRA **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. -AVIANCA S.A.** y **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO- SERVICOPAVA**, 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 lo estarán a cargo de las recurrentes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una, liquídense en primera 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 ALEREDO BARÓN CORREDOR  
MAGISTRADO.**

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **OSWALL JAVIER QUEVEDO VALENCIA** CONTRA **TECNICARGAS DE COLOMBIA LTDA. Y HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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.

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

## **S E N T E N C I A**

**DEMANDA:** El señor **OSWALL JAVIER QUEVEDO VALENCIA**, a través de apoderada en amparo de pobreza, persigue la declaratoria de un contrato de trabajo verbal por obra o labor contratada con el señor HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO, desde el 20 de octubre de 2011 hasta el 26 de octubre de la misma anualidad; al igual que se declare la responsabilidad del empleador, a título de culpa, en el accidente de trabajo ocurrido el 26 de octubre de 2011; asimismo, se declare la existencia de una relación contractual entre el señor HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO y TECNICARGAS DE COLOMBIA LTDA., en virtud de la cual se contrató la ejecución de obras o la prestación de servicios a cargo del primero y en beneficio de la segunda, junto con la responsabilidad solidaria de la citada sociedad respecto de las obligaciones que resulten a cargo del empleador; y la nulidad del contrato de transacción celebrado con el señor HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO, mediante el cual se pretendió reparar los perjuicios materiales por concepto de daño emergente y lucro cesante. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a los demandados al pago de incapacidades e indemnizaciones o pensión de invalidez, indemnización de perjuicios total y ordinaria que incluya los perjuicios materiales y morales, junto con los intereses y la respectiva corrección monetaria; los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, causados durante toda la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

relación laboral, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, costas y agencias en derecho (folios 54 a 55).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 52 a 53 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que celebró contrato de trabajo verbal con el señor HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO el 20 de octubre de 2011, para cuyo objeto era pintar el portón de entrada de la empresa TECNICARGAS DE COLOMBIA LTDA., a cambio de una remuneración diaria de \$35.000, y teniendo como extremo final el 26 de octubre de 2011. Agrega cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 am a 7:00 pm con una hora de almuerzo, y que su empleador no lo afilió a seguridad social; que el día 26 de octubre de 2011, cuando se encontraba en un andamio pintando el portón de entrada de la sociedad demandada, el vehículo de placas PVB 973 colisionó con el andamio en el que él se encontraba, ocasionándole una caída que le provocó una fractura del calcáneo intraarticular con minuta bilateral, en virtud de la cual se le ordenó incapacidad laboral de 5 meses. Señala que no fue afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social, y tampoco se le suministraron elementos de protección, ni contaba con las respectivas medidas de seguridad, a fin de llevar a cabo la labor contratada; que fue atendido por diferentes Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, a través del régimen subsidiado, siendo asumidos los copagos por él y por el representante legal de la empresa convocada; que ha incurrido en diversos gastos médicos y se ha visto reducido en sus capacidades físicas, lo que le ha generado un profundo dolor e intenso sufrimiento, al no poderse valer por sí mismo.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Precisa que el 18 de febrero de 2012 celebró acuerdo de transacción con los señores LUIS PEÑARANDA, HÉCTOR MÉNDEZ Y URIEL PACHECO (conductor del vehículo generador del accidente), en el cual para se pactó la suma de \$3.000.000, como reparación a los perjuicios materiales que le fueron generados; no obstante, el señor HÉCTOR MÉNDEZ, no le ha reconocido la suma a la que se comprometió pagar, esto es, \$1.300.000, tampoco le ha reconocido lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales.

**CONTESTACIÓN:** La demandada **TECNICARGAS DE COLOMBIA LTDA.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que jamás tuvo relación laboral con el demandante, ni le canceló salario alguno, como tampoco le exigió el cumplimiento de un horario de trabajo, debido a que no lo contrató para la realización de la obra determinada. Agrega que la relación anhelada existió entre el demandante y el señor Héctor Méndez, siendo este el llamado a responder por lo peticionado en el *libelo* introductorio. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados falta de legitimación en la causa, prescripción, cobro de lo no debido y transacción (folios 106 a 111).

A su turno, el demandado **HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO**, quien contestó al demanda a través de *curador ad litem*, señaló que no se opone a las pretensiones siempre y cuando las mismas se acrediten en el proceso. No propuso excepciones. (fls. 155 A 158).



## **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 4 de diciembre de 2020, resolvió **absolver** a Tecnicargas de Colombia LTDA. y a Héctor Méndez Lozano de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante Oswall Javier Quevedo Valencia. No impuso condena en costas.

Lo anterior por considerar el *A quo*, que de las pruebas arrimadas no se constata la existencia de relación de trabajo del demandante con el señor Héctor Méndez Lozano, incumpléndose así por la parte activa la carga probatoria, conforme al artículo 167 del C.G.P., resaltando que las declaraciones citadas por parte de la sociedad demandada, nada aportan para establecer que en efecto el actor hubiera prestado servicios por el periodo reclamado, pues solo referenciaron haberlo visto medio día, el 26 de octubre de 2011, data para la cual sucedió el accidente, sin que se establezcan las condiciones en que el demandante concurrió ese día a las labores de pintura, ni los extremos temporales de una presunta relación de trabajo. Agrega que el contrato de transacción adosado al plenario nada informa sobre la existencia de una relación laboral con el señor Héctor Méndez, los extremos temporales o las condiciones de la misma, o que se hubieren efectuado pagos de salarios a favor del accionante, situación que deviene en la absolución de la parte pasiva.

**RECURSO DE APELACIÓN:** La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo que *«...teniendo en cuenta la demanda presentada por el señor Oswall Javier Quevedo Valencia, dentro de las documentales que se allegaron con la demanda se verifican pruebas que pueden entrar a considerarse para una posible condena. Teniendo en cuenta lo anterior, me permito*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*solicitar a los honorables magistrados que evalúen la demanda radicada para que puedan verificar si se encuentra probada o no la temporalidad de la prestación del servicio.»*

### **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:** Aduce que en el presente caso existió un contrato verbal con los demandados, pues se presentaron los supuestos señalados en el artículo 22 de C.S.T. y conforme a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 6621 de 2017, en la cual se expuso que *«Acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral; por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.»*

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por 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 alzada, si del material probatorio recaudado se logra comprobar la existencia de una vinculación de carácter laboral entre Oswall Javier Quevedo y Héctor Méndez Lozano, al igual que comprobar la consumación de una culpa patronal por este último en el accidente de trabajo que afectó el haber del actor; de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias laborales reclamadas y si sobre ello le asiste obligación a Tecnicargas de Colombia Ltda. a título de responsable solidario.

### **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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del 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.

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, historia clínica del demandante (fls. 3 a 17 y 22 a 45), contrato de transacción celebrado entre las partes (fls. 20 a 21), constancia de no comparecencia del señor Héctor Meléndez Lozano a diligencia de conciliación programada ante el Ministerio del Trabajo (fl. 46 a 47), liquidación de prestación sociales efectuada por el extremo accionante (fls. 48 a 51), interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandada y testimonios rendidos por Wilson Jovany Rincón y Jesús Alfonso Moros Peñaranda (medio magnetofónico a folio 167).

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexos en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», atendiendo que el demandado Héctor Méndez Lozano, a quien se atribuye la condición de empleador, compareció al proceso a través de *curador ad litem*.



Corolario a ello, y con el propósito de resolver la anterior disquisición, preciso es advertir la ausencia de material probatorio documental, que conduzca a evidenciar aspectos concernientes a la construcción de la presunción legal en cabeza de Héctor Meléndez Lozano, lo cual igualmente se afirma de la transacción suscrita por la partes, pues si bien en ella se plasmó que el demandado contrató al actor para pintar el portón de la sociedad convocada, lo cierto es que esa afirmación por sí sola no nada fe de la relación laboral aducida en la demanda.

Ahora, en lo que concierne a las declaraciones recepcionadas, se acredita el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Tenicargas de Colombia Ltda. (CD fl. 167), quien alude haber contratado de manera verbal al demandado Héctor Méndez Lozano para que realizara arreglos de soldadura y pintura sobre el portón de la citada sociedad, trabajos que en efecto llevó a cabo en 3 o 4 días, precisando que el demandante acompañó al señor Méndez el último día de labores, a quien observó pintar el portón como en medio día; que en esa ocasión el actor fue víctima de un accidente a causa de un vehículo, el cual colisionó con el andamio en el que aquel se encontraba, generándole una caída; que el señor Héctor Méndez nunca manifestó a la empresa que el demandante también se encargaría de pintar el portón, además, no tiene conocimiento del día en que el señor Héctor pudo contratar al actor; que como representante legal de la empresa, junto con el conductor del vehículo y el señor Méndez Lozano, suscribieron una transacción para reconocer unas sumas a favor del demandante, siéndole pagado por parte de la empresa un valor de \$1.300.000 y por el conductor del vehículo \$400.000, quedando



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

pendiente el saldo de \$1.300.000 a cargo del demandado Héctor Méndez; que acompañó al extremo accionante al Hospital y posteriormente, le envió dinero para ayudarlo; que la obra fue terminada por el señor Méndez Lozano el mismo día del accidente.

Por su parte, los testigos Wilson Jovany Rincón Ramírez y Jesús Alfonso Moros Peñaranda en condición de trabajadores de Tecnicargas de Colombia Ltda., indicaron que vieron al demandante el día que estaba pintando el portón de la empresa; que el actor con anterioridad no había comparecido a sus instalaciones, ya que los arreglos al mismo los venía haciendo el señor Héctor Méndez, con 3 o 4 días de anterioridad, al tratarse de la persona contratada por la empresa; que el actor el día que trabajó fue víctima de un accidente, a causa de un vehículo que golpeó el andamio en el que este se encontraba. El señor Wilson Jovany Rincón Ramírez, adujo de manera adicional que no le consta que el actor trabajara para el señor Héctor Méndez y desconoce la hora en que empezó las labores de pintura el día que desempeñó la labor; asimismo, que tiene conocimiento sobre la celebración de un contrato de transacción que firmaron las partes, y que la empresa demandada reconoció a favor del actor el valor al que se comprometió pagar.

Del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, necesario resulta resaltar el acierto en la determinación esbozada por el *A quo*, al señalar que la parte llamante a juicio no logró definir la relación laboral aludida desde el *libelo introductorio*, en especial, la prestación personal del servicio, salario y extremos.



Lo precedente emana de un análisis en conjunto de los medios de convicción arrimados a las diligencias, pues aduciendo desde el escrito introductor la presencia de un nexo laboral con Héctor Méndez Lozano desde el 20 de octubre de 2011, lo cierto es que ello no emana del elenco probatorio, en tanto las declaraciones solo dan cuenta de la realización de una labor de pintura por parte del actor, en el portón de la empresa convocada únicamente por un día, circunstancia que en todo caso no permite derivar la prestación del servicio a favor del señor Héctor Méndez Lozano, como quiera que todos los declarantes desconocen las razones de la presencia del actor en la empresa y el convenio que existió entre éste y el extremo pasivo.

A lo precedente se adiciona que, no tienen conocimiento los testigos y el representante de la demandada, sobre el interregno del vínculo, en tanto no dan cuenta de la hora de llegada y hora de salida del actor, en el único día que les consta desplegó la labor, y tampoco informan si se pactó una remuneración y la cuantía de la misma.

De manera que, al quedar sin fundamento alguno las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los hechos, más aún, cuando bien sabido es que se imposibilita legalmente la imposición de obligaciones laborales en sentencia soportada sobre suposiciones o razonamientos que carezcan de formación probatoria fáctica sobre prestación del servicio humano, imposibilita la fulminación de las condenas deprecadas, por lo que no quedaba otra solución al presente debate, que la desestimación de las súplicas de la demanda, máxime



que todas ellas pedían del reconocimiento de la relación laboral alegada.

Recuérdese que era deber de la parte que la alega, si quiera demostrar prueba que conduzca a corroborar la relación laboral al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral, y sin que ello pueda entenderse suplido con la indicación esbozada por el demandante; a lo que debe agregarse que al ser alegado el vínculo laboral directamente con el demandado Héctor Méndez Lozano, ninguna disquisición habrá de hacerse sobre el punto, respecto de la llamada a juicio Tencnicargas de Colombia Ltda., a quien únicamente se convocó como responsable solidaria.

Dimanando en la confirmación de la decisión impartida por el A Quo.

**COSTAS.** Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. Sin costas en esta instancia dado el amparo de pobreza concedido a favor del actor.

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 absolución impartida en la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

D.C. en audiencia pública celebrada el 4 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **OSWALL JAVIER QUEVEDO VALENCIA** contra **TECNICARGAS DE COLOMBIA LTDA.** y **HÉCTOR MÉNDEZ LOZANO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. Sin costas en esta instancia dado el amparo de pobreza concedido a favor del actor.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA CRISTINA VILLALOBOS CHACÓN** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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.

---

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

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

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

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



## A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.617.008 de Tunja y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

## S E N T E N C I A

**DEMANDA:** La señora **MARÍA CRISTINA VILLALOBOS CHACÓN** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., y se le tenga como efectivamente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; en consecuencia, condenar al fondo privado a devolver a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo a su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; lo que resulte probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho. (fl. 21).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 19 a 21 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 10 de enero de 1961; que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación



Definida el 22 de mayo de 1987; que para el 2002 se encontraba laborando para el Colegio Odontológico Colombiano; que en el mes de febrero de 2002, la AFP Porvenir S.A., le ofreció el traslado de régimen pensional, para lo cual le diligenció el formulario de afiliación, mismo que suscribió; que el fondo privado no se ocupó de brindarle asesoría e información referente a las consecuencias derivadas del cambio de régimen pensional; que no se le informó de las ventajas y desventajas a futuro de la decisión; que no se le realizó un comparativo entre la pensión que recibiría en uno y otro régimen; que no se le suministró información necesaria, completa, suficiente, eficaz, cierta y oportuna en torno al cambio de régimen pensional; que el 11 de mayo de 2018, elevó solicitud ante Colpensiones tendiente a realizar el traslado de régimen.

**CONTESTACIÓN:** la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que siempre ha actuado de buena fe, sumó a ello, que la afiliación de la accionante cuenta con plena validez y legalidad puesto que no se probó con la demanda causal alguna de nulidad que vicie el negocio jurídico que hoy se ataca. Por último, señaló que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, declaratoria de otras excepciones, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 46 a 56).

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad



de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que en el presente asunto no se dan los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del acto jurídico del traslado, en tanto el negocio jurídico versó sobre objeto y causa lícita, así mismo, afirmó que la demandante al momento de tomar la decisión contó con la debida información sobre las consecuencias de su traslado, cumpliendo la entidad con las obligaciones que para ese momento se le exigía de forma legal. Por último, señaló que no existe norma legal que establezca la ineficacia del traslado de régimen pensional por ausencia de información completa al afiliado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 85 a 111).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de enero de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante y que tuvo lugar el 11 de febrero de 2002, debido a la omisión del deber de información de la AFP Porvenir S.A; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora con destino a Colpensiones, incluyendo los intereses, frutos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y en general toda suma que se haya recibido por concepto de las cotizaciones en favor de la actora; **condenar** a Colpensiones a recepcionar los conceptos provenientes de la condena impuesta en el numeral que precede, reactivando así la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **declarar** no



probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a las demandadas. (fl. Cd. 134).

Lo anterior por considerar el *a quo* que como quiera que los asuntos en los que se ventilan derechos de estirpe pensional, surge relevante el estudio de principios constitucionales como lo son el de libertad y seguridad social, principios que fueron desarrollados en la Ley 100 de 1993, en los artículos 13 y 271 de dicha disposición, las cuales hacen referencia a la libertad de escogencia de régimen pensional, empero para ello, debe mediar un consentimiento informado en los términos que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido para tal efecto, siendo deber de las AFP la asesoría y buen consejo, supuesto de hecho que no se probó al interior del proceso, pues a más del formulario de afiliación, no se incorporó material probatorio alguno que dé cuenta del cumplimiento del deber de información que le asiste, sumó a ello, que al momento del traslado la demandante contaba con más de 700 semanas de cotización, lo que obligaba al fondo privado a realizar un asesoramiento profesional.

#### **RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que en el presente asunto quedó acreditado que la decisión de traslado de la demandante fue adoptada de manera libre y voluntaria por parte de la afiliada, del mismo modo se probó que la demandante conocía una serie de características propias del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sumó a ello, no se valoró en debida forma el formulario de afiliación el cual contiene el acápite de aceptación por parte de la actora y que cumplía con los lineamientos legales que para tal efecto imponía



la legislación nacional vigente, adicionó que la demandante también tenía un deber como consumidor financiero, el cual no asumió como le correspondía; señaló, que el inconformismo de la actora radica en el monto pensional, lo cual no decanta en la ineficacia del acto jurídico y menos en la nulidad. Por último, censuro la condena por concepto de gastos adicionales de la aseguradora, pues los mismos nacen con la cobertura de las contingencias de la invalidez, vejez y muerte, lo que impide la devolución de los mismos y cualquier otro emolumento que no haga parte de los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual.

En lo que atañe a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, la misma formuló recurso parcial de apelación, en el que en suma expone que si bien se interpretó que debía imponerse una condena en costas en contra de la Entidad, el fallador de instancia desconoce que entre el afiliado y el fondo privado se celebró un contrato, el cual teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad, no era Colpensiones la llamada a dejar sin efectos el acto jurídico del traslado, recayendo tal función en los jueces de la república. Por último, solicitó adicionar la sentencia en el entendido de dejar claro que la AFP debe devolver todos los conceptos como lo son gastos de administración, garantías de pensión mínima y demás emolumentos que recibió por concepto de afiliación de la accionante.

#### **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:** En la oportunidad procesal otorgada, la accionada **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** formuló alegaciones de conclusión en los que solicita la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual, sumó a ello que no se acreditó la existencia de vicio alguno que pudiera decantar en la anulación del acto jurídico de vinculación. Por último, señaló que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 797 de 2003.

**Parte demandada:** La sociedad accionada **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al descorrer el traslado para alegar de conclusión petitionó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, sumó a ello, que el sentenciador de primera instancia realizó una interpretación errónea del deber de información, al establecer que la sociedad debió llegar al punto de desanimar a la afiliada de hacer su vinculación; agregó, que el acto jurídico de afiliación cuenta con plena validez ya que no se probó vicio alguno en el consentimiento que decantara en la anulación y mucho menos en la



ineficacia de la afiliación. Por último, estimó que no es procedente la condena por concepto de seguros provisionales, en tanto dichos emolumentos ya fueron trasladados a la aseguradora y aquella cumplió con el fin para el cual fue dispuesto tal dinero.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 16 a 18 del informativo.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las 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 MARÍA CRISTINA VILLALOBOS CHACÓN al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO



DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

### **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 7); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 8 a 11); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 12, 13 y 61 a 65); formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 15 y 112) reclamación administrativa (fl. 16 a 18); expediente administrativo (fl. 68); formulario de actualización de datos emitido por Porvenir S.A. (fl. 113); resumen de historia laboral (fl. 114 a 116); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público 8fl. 117 a 119); publicaciones de prensa (fl. 121 y 122).

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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» recalzó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*



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

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

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

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

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

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

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

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

*En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación*



respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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:

*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 símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

## **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de mayo de 1987 tal como se advierte de la historia laboral que reposa a folios 61 a 65 del informativo, para luego trasladarse a la AFP



Porvenir S.A., el 11 de febrero de 2002 (fl. 42), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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 ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 42).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues al ser reiterativa en afirmar que *«... estábamos varios docentes laborando y en la Sala de profesores el asesor nos reunió y nos contó, pues en ese momento, que nos tenían una buena opción para cambiarnos de régimen pensional, que nos querían ofrecer un nuevo beneficio que era salirnos, en ese momento no se llamaba Colpensiones, se llamaba el Seguro Social, bueno algo así, el caso es que nos dijeron que eso se iba a acabar y que realmente de ahí iban a ser los fondos de pensiones los que iban a, estaban encargados de manejar nuestras pensiones, que los que se quisieran pasar teníamos el beneficio de pensionarnos 150 semanas antes que correspondían más o menos a 3 años menos para pensionarnos, además que nos iban a regalar unas hermosas sombrillitas verdes que realmente fue lo que más me cautivó, el tiempo de pensión y las sombrillas verdes que estaban regalando en esa época...»*, sin que más allá de ello se le indicara asesoría alguna diferente. (Cd. Fl. 134).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante,



y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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

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

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el



consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que pese a que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, no se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

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



(...)

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

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

De igual manera, y bajo los mismos argumentos esbozados en precedencia, es que surge patente la confirmación en torno a la condena por concepto de devolución de gastos adicionales de la aseguradora y rendimientos financieros, en tanto dichos emolumentos se tornan constitutivos de la fabricación del derecho pensional, por lo que no es dable a la AFP efectuar descuento alguno por dichos conceptos al momento de trasladar los dineros que percibió producto de la afiliación de la actora, razón por la cual, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho. Sea oportuno aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.



Por último, la apoderada judicial de la convocada a juicio Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, se duele de la imposición de costas a cargo de su representada, al considerar que no es dable la aplicación de dicha condena, máxime cuando, no tuvo injerencia en el negocio jurídico que celebró la actora con el fondo privado.

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

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

Ahora bien, el artículo 361 de la norma *ejusdem*, establece que las costas procesales se componen de la totalidad de las expensas y gastos en los que incurren las partes en el devenir del proceso, junto con las agencias en derecho, al momento de imponerse dicha condena, el operador judicial deberá sujetarse a criterios objetivos y verificables y lo señalada para tal fin por la legislación vigente.

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



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

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

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 25 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA CRISTINA VILLALOBOS CHACÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en el entendido de ordenar a la AFP **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con



todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

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

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Aclara Voto

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



AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIO GOMEZ GOMEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - COLPENSIONES**

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, 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,

---

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

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

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

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



## SENTENCIA

**DEMANDA:** El señor **MARIO GÓMEZ GÓMEZ**, a través de apoderado judicial, promueve demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a efectos de que se condene a la encartada a reconocerle y pagarle el incremento pensional del 14% por persona a cargo, la señora ANA BEATRÍZ ROA, desde el 26 de junio de 2013; la indexación de las sumas reconocidas, los intereses moratorios, así como las costas y agencias en derecho. (fl. 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis advierte, que la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones le reconoció una pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 26 de junio de 2013; que convive con la señora Ana Beatriz Roa desde el 22 de enero de 1967, con quien contrajo matrimonio el 18 de agosto de 2017; que su cónyuge no labora y depende económicamente de él; que el 30 de septiembre de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento del incremento pensional contemplado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; que la accionada a la fecha no ha atendido su solicitud.

**CONTESTACIÓN:** La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, al considerar en esencia que los incrementos aquí pretendidos fueron objeto de derogación, conforme a lo estatuido en los artículos 36, 283 y 289 de la Ley 100 de 1993, lo cual encuentra respaldo en el reciente pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional, esto es, en la sentencia SU-140 de 2019. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la



obligación y cobro de lo no debido; prescripción, buena fe y la innominada. (fls. 32 a 35)

**DECISIÓN:** Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 22 de septiembre de 2020, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **declarar** prósperas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido y **condenar** en costas a la parte demandante. (fl. Cd. 44).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que conforme lo dispuso por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, le son aplicables únicamente a aquellas personas que causaron la pensión con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y como quiera que al aquí actor le fue reconocida la prestación a partir del año 2005, es que no le asiste derecho a la aspiración ventilada en el proceso.

**RECURSO DE APELACIÓN:** La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que, la sentencia SU 149 de 2019 proferida por la Corte Constitucional debe tener efectos hacia el futuro, y no, hacia el pasado, como ha sido aplicada por el Juzgado en el presente caso, por lo que se debe reconocer el derecho anhelado con sustento en los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como en el precedente jurisprudencial vigente con anterioridad a dicho proveído.

**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:** Aduce que tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por lo que debe ser reconocido a partir de la fecha de causación de la prestación pensional que da origen a este beneficio; sumando a ello que, en lo referente a la aplicación de la sentencia SU-140 de 2019, se insta a que dicha decisión no sea aplicada en el presente caso, en razón a que la demanda fue presentada antes de su expedición y por lo tanto, se debe resolver la controversia bajo los lineamientos anteriores a la sentencia de unificación, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales al debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima.

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, como se extrae de la documental obrante a folios 16 a 19 del informativo, correspondiente a la Resolución GNR 254530 del 29 de agosto de 2016, en la cual se resolvió la aspiración del actor relacionada con la reliquidación pensional y el incremento por persona a cargo.



## **INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE A CARGO**

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

Dentro de esta evolución, y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente, para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, o por los hijos inválidos no pensionados a cualquier edad, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.

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



JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas.

En claro lo precedente, se procedió a realizar el análisis de las pruebas obrantes en el proceso, en las cuales se corrobora que al señor **MARIO GÓMEZ GÓMEZ** le fue reconocida pensión de vejez, a partir del 21 de junio de 2004, mediante Resolución 7577 del 14 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 32717 del 10 de octubre de 2005, bajo los preceptos normativos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; reconocimiento que fue modificado a su vez por la Resolución GNR 254530 deo 29 de agosto de 2016, en el sentido de reliquidar la prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990, ello, por ser beneficiario del régimen de transición tal como se advierte de la documental que reposa en el expediente administrativo (Cd. a folio 31); así mismo, se constata el vínculo matrimonial que sostiene el demandante con la señora Ana Beatriz Roa, supuesto de facto que se acredita mediante el registro civil de matrimonio que milita a folio 14 de las diligencias y del cual se desprende que los aquí relacionados contrajeron nupcias el 18 de agosto de 2017.

En igual sentido se logró acreditar que el actor se encuentra conviviendo con su cónyuge desde hace aproximadamente 20 años, tiempo que les consta a los declarantes Sandra Milena Molina Vega y Edwin Javier Salamanca (CD fl. 44); quienes además resaltan la ausencia de separaciones de hecho o derecho entre la pareja; que **ANA BEATRIZ ROA** siempre ha dependido económicamente del pensionado, pues nunca ha trabajado y no obtiene ningún rubro derivado de la prestación personal de los servicios o bienes propios.

De esta manera, encuentra esta instancia demostrado el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma pensional y en el desarrollo



jurisprudencial ya explicado en esta providencia, para la calenda pensional.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda Colpensiones (fl. 34 vuelto).

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral. Si bien se ha resaltado que el derecho a la jubilación o el riesgo de vejez es imprescriptible, cierto es, que en el caso de autos el reajuste por personas a cargo, no tiene identidad con los requisitos para que se configure el citado riesgo de vejez, en lo que respecta con las semanas cotizadas, el IBL y la tasa de reemplazo; pues dicho reajuste por persona a cargo nace como un incremento a la pensión al presentarse el requisito de tener cónyuge, compañera permanente o hijos bajo los presupuestos ya indicados en esta providencia.

En el evento en que no se tenga ni cónyuge, compañero permanente o hijos, al pensionado no le asiste el derecho. Por ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha concluido que es procedente el fenómeno de la prescripción si no se reclaman en tiempo por el titular del derecho, entre otras, en la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicación 27923 con ponencia de la H. Magistrada Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, la sentencia Rad. 40919 y Rad. 42300 del 18 de septiembre de 2012, y Rad. 57367 del 23 de julio de 2014 con ponencia del H. M. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que la pensión de vejez le fue reconocida a **MARIO GÓMEZ GÓMEZ** mediante Resolución 7577 del 14 de marzo de 2005 (Cd. a folio 31. Motivo por el cual, era desde la notificación de dicho acto administrativo (11 de mayo de 2005) que el convocante tenía el término de 3 años para formular la correspondiente reclamación, pero como solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo ante Colpensiones el 29 de junio de 2016, como se deduce del contenido de la Resolución GNR 254530 del 29 de agosto de 2016, en la cual se negó ese derecho a favor del actor (fl.14), y radicó el *libelo* introductorio hasta el 11 de enero de 2019, folio 25; es que evidencia la Sala que el término con el cual contaba el accionante para reclamar esta prestación ya había vencido; conclusión que no sufre modificación alguna, a pesar que la reliquidación pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, tuvo lugar solo hasta el 29 de agosto de 2016, dado que el término para el reclamo sobre ese reajuste, como respecto del incremento pensional, comenzó a correr desde la notificación del reconocimiento pensional inicial.

De esta manera, de los argumentos expuestos y la jurisprudencia seguida, es viable concluir, que la excepción de prescripción está llamada a prosperar, por lo que deberá la Sala modificar la sentencia apelada, a efectos de declarar dicho medio exceptivo sin que se trate del desconocimiento de un precedente o de jurisprudencia por extensión emitido por la H. Corte Constitucional, pues, suma indicar que la decisión adoptada en ningún momento contradice la posición de la H. Corte Constitucional, al anunciar esa Alta Corporación que dichos reajustes no fueron reglamentados por la Ley 100 de 1993, en tanto dicho argumento constituye la misma línea que sigue la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Laboral, en tanto solo les asiste a quienes sean pensionados por el Acuerdo 049 de 1990, bien por derecho propio ora por régimen de transición, ello en desarrollo a los principios constitucionales del derecho adquirido y las expectativas



legítimas, por lo que, no existe un enfrentamiento entre ambas cortes; de manera que la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral los continúa aplicando, tal como se puede corroborar en la sentencia SL 2711-2019, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

### **COSTAS.**

Se confirma la condena que sobre costas impartió el *A quo*. 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 apelada proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 22 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción sobre los incrementos por cónyuge a cargo reclamados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO:** Se confirma la condena que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas 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**  
MAGISTRADO.

*Aclara Voto*

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara Voto*

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