



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Belcy Bautista Fonseca** identificada con cedula

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

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.*
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de ciudadanía No. 1.020.748.898 de Bogotá D.C. y tarjeta profesional 205.907 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, de acuerdo a la sustitución allegada, por la abogada Claudia Liliana Vela.

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor JORGE CÁCERES MÉNDEZ solicitó se declare que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES liquidó en forma errónea la pensión de vejez, reconociendo la prestación conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; que tiene derecho a que la prestación sea liquidada conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, con el 90% de tasa de reemplazo; que el IBL corresponde a la suma de \$4.674.317,⁸⁴.

Como consecuencia de las declaraciones expuestas, solicita se condene a reconocer la pensión conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990; que se tenga como IBL la suma de \$4.674.317,⁸⁴; se pague el retroactivo pensional a partir del 1 de diciembre de 2009 hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación; a indexar las condenas impuestas; intereses moratorios; a pagar las costas y agencias en derecho.

En forma subsidiaria a la pretensión tercera, solicita se pague el retroactivo de la pensión conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 16 de septiembre de 1949; que es beneficiario del régimen de transición; que mediante Resolución No. 18134 del 21 de junio de 2010 se reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$3.879.003; que en Resolución No.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

GNR 238581 del 16 de agosto de 2016 se negó la reliquidación de la pensión de vejez; que fueron incoados los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos en forma desfavorable; que desde mayo a diciembre de 1996 no prestó sus servicios, sin embargo, fue realizada imputación de pagos por estos períodos y se afectó el IBL.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la pensión fue reconocida conforme a los lineamientos jurisprudenciales y fue la más favorable para el demandante, adicional a ello, que no es procedente aplicar el Acuerdo 049 de 1990. Como **excepciones** propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; prescripción; compensación; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fl. 31).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de marzo de 2021, resolvió; **condenar** a Colpensiones a reliquidar la pensión del demandante, en cuantía de \$3.456.661,⁸⁸ a partir del 1 de diciembre de 2009, reajustándose anualmente con los incrementos de ley; **condenó** a pagar como retroactivo causado desde el 13 de octubre de 2013 hasta febrero de 2021 la suma de \$68.744.317,³⁸ junto con las diferencias que se causen con posterioridad; **condenó** a indexar el valor de cada diferencia en la mesada pensional desde que se hizo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

exigible la obligación; **negó** las demás pretensiones; **declaró** probada la excepción de no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y carencia de causa para demandar; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; **condenó** en costas a la demandada y fijó como agencias la suma de \$6.000.000.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Teniendo en cuenta que según el texto de la Resolución 1146 del 10 de enero de 2017 que obra en el expediente administrativo del demandante, Colpensiones efectuó el análisis del derecho pensional a la luz del acuerdo 049 de 1990 y concluyó que el demandante reúne los requisitos previstos en el Artículo 12, el despacho no hará mayores precisiones al respecto.

Ahora bien, en lo que a la liquidación del derecho pensional se refiere teniendo en cuenta el reciente pronunciamiento dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se exponen en las premisas normativas, es posible acumular tiempos cotizados en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones con los tiempos laborados a entidades públicas y privadas, por lo que el despacho procede a efectuar el análisis del cálculo del Ingreso Base de Liquidación conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para ello, los tiempos públicos y privados laborados por el demandante y cotizados a la Caja Nacional de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, esto es un total de 1.332,19 semanas de cotización.

Teniendo en cuenta que el Artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 señala como tasa de reemplazo el 90% del Ingreso Base de Liquidación para un tiempo cotizado superior a 1250 semanas como es el caso del demandante, será esta la tasa de reemplazo con la que se calcula el derecho pensional analizado.

Ahora bien, efectuado el cálculo aritmético correspondiente, el promedio de los salarios devengados durante los 10 años anteriores a la fecha de causación de la pensión debidamente indexados corresponde a \$3.840.735, al cual se aplica una tasa de reemplazo del 90% lo que arroja una mesada pensional de \$3.456.661, valor que resulta superior al reconocido por Colpensiones a partir del 1 de diciembre de 2009 en cuantía de \$2.918.888 conforme a resoluciones 18134 del 21 de junio de 2010, modificada por la resolución 2470 del 28 de junio de 2011.

Por lo anterior, el monto de la mesada pensional para el año 2010 debió ser de \$3.456.661 y no de \$2.918.888 como la determinó la entidad demandada...” (20:28)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la **demandante**, interpuso recurso de apelación al considerar que se debe modificar el IBL, ya que la Empresa Risaralda efectuó el pago de seis (6) días de salario del mes de abril de 1996 y no reportó el retiro del empleado al sistema, generándose una deuda presunta de mayo a diciembre de 1996, por lo que, solicita no se tengan en cuenta dichos períodos a la hora de liquidar la prestación; por otro lado, reclama el reconocimiento y pago de intereses moratorios.

La apoderada de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, finca su oposición frente a la sentencia en que la entidad reconoció la pensión conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en tal sentido, la liquidación fue efectuada respecto a las cotizaciones realizadas durante los últimos 10 años de cotización.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El **demandante** a través de su apoderado judicial, solicita se adicione la sentencia objeto de recurso y consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a aplicar en forma correcta la deuda presunta contra la Embotelladora de Risaralda Ltda por los ciclos correspondientes de mayo a diciembre de 1996, omitiendo las supuestas cotizaciones por valor de \$210.000 y teniéndose como salario real la suma de \$1.050.000; se ordene a Colpensiones a calcular un nuevo IBL conforme a la corrección de la aplicación de la deuda presunta contra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la empresa ya mencionada y se concedan los intereses, al estimar que, la deuda presunta fue llenada en forma errónea por el ente de seguridad social, generándose un error en el IBL, afectándose el monto de la mesada pensional.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia emitida en primera instancia, argumentando para tal efecto que, la prestación fue liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994; que el IBL se tomó de los salarios devengados por el demandante entre enero de 1991 y noviembre de 2009 y aplicando una tasa de reemplazo del 75%, arrojando un valor inferior al que percibe el asegurado actualmente y por ello, se debe negar la reliquidación pensional y que tampoco le es aplicable lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 dado que en su oportunidad se reconoció la prestación con los postulados de la Ley 71 de 1988.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el 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 16, consistente en el recurso de reposición y en subsidio de apelación incoado respecto a acto administrativo que negó la reliquidación pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A y 69 del C.P.T y la S.S le corresponde a esta Sala entrar a establecer si incurrió en error el A quo al reliquidar la pensión y se tuvieron en cuenta o no los períodos no laborados por el demandante en la empresa Risaralda, adicional a ello, si la liquidación efectuada por el juez de conocimiento debía ceñirse a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para tal efecto los últimos 10 años de cotización; y si es viable fulminar condena por concepto de intereses moratorios a favor de la parte actora.

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE CÁCERES MÉNDEZ, pues es patente que mediante la Resolución 018134 de 21 de junio de 2010, le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2009, aspecto que se corrobora con la documental obrante a folios 9 a 11 del informativo. Del mismo modo se puede constatar que mediante Resolución 02470 del 28 de junio de 2011, le fue reliquidada la prestación al accionante a partir del 1 de diciembre de 2009, (CD del expediente administrativo 67; GEN-REQ-IN-2016_7326091-20160811115743), en aplicación de la Ley 71 de 1988, al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, resta por establecer si la pretendida reliquidación, debe realizarse con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y si se deben tener en cuenta períodos no laborados, de acuerdo a lo dicho por el demandante en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

introdutorio, luego entonces, deberá esta Sala precisar en primer término, que en efecto la prestación de vejez está llamada a ser calculada en los términos aludidos, con sustento en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, pues al momento en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, ya que al 1° de abril de 1994, éste contaba con 44 años de edad, según se constata de su cédula de ciudadanía visible a folio 8.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo precitado establece dos alternativas para liquidar la pensión, esto es, (i) con 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, (ii) con el promedio de los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo, y le resulte más favorable.

Debe precisarse que, el apoderado de la parte actora solicitó la revisión del IBL y en tal sentido reclama, no se tengan en cuenta los periodos de mayo a diciembre de 1996, ya que en dicho interregno de tiempo su representado no prestó sus servicios a la empresa Embotelladora Risaralda Ltda. y que su empleador no efectuó el retiro del sistema de seguridad social integral en pensiones, volviendo a prestar sus servicios bajo las órdenes del enunciado empleador, tan solo hasta febrero de 1997.

En este aspecto, debe realizar esta Sala de Decisión varias precisiones; En primer término, debe indicarse que en la historia laboral allegada con la demanda (fl. 23), se verifica para los ciclos de mayo a diciembre de 1996, reportadas un total de 31,43 semanas y para el mes de enero de 1997, se registró el período en “0”.



Pese a lo anterior, en el detalle efectuado a partir de 1995 por la entidad, se encuentra registrado para el período de mayo a diciembre del 96 “*Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores*” y para enero de 1997 se verifica “*Pago aplicado a períodos anteriores*”.

En segundo lugar, verifica esta Colegiatura que, con el Decreto 2665 del 26 del 26 de diciembre de 1988, se promulgó el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, que en su artículo 29, estableció;

“... ARTICULO 29. VIOLACION A LA OBLIGACION DE INFORMAR EN GENERAL. La omisión en informar las novedades y en general en no suministrar los datos que para fines del Seguro Social solicite el ISS, y cuando para el caso no se hubiere establecido una sanción especial, dará lugar a las siguientes sanciones:

...

2o. Al patrono que no informe al ISS dentro de los siete (7) días siguientes de su ocurrencia, las novedades que puedan incidir en los derechos y obligaciones tanto patrono-laborales como del ISS, se le aplicará como sanción, la establecida en el artículo 25 del presente Reglamento, siempre, cuando no se hubiere establecido para la respectiva conducta una determinada sanción...”

A su turno el artículo 25 de la enunciada normativa preceptúa que “*Cuando el patrono omita dar oportuna y correctamente al ISS el aviso de retiro de un trabajador por terminación del contrato de trabajo o por cierre definitivo de la empresa, en el término señalado en los respectivos reglamentos, será sancionado con una suma igual al último aporte mensual que pagó por dicho trabajador*”.

Con el Decreto 1406 de 1999, en su artículo 39, se contemplaron entre otros, los deberes y responsabilidades del empleador, entre ellos, el reportar y allegar la información de los aportantes, por lo que, el empleador está en la obligación de preservar las planillas de autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de verificar el pago por este concepto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien, la deuda presunta es concebida como la omisión en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, bien sea por error en la información suministrada o por omisión al reportar las novedades de retiro, pudiéndose corregir tal situación en forma retroactiva, por el empleador o ente de seguridad social.

En el *sub examine*, después de revisarse el haz probatorio, no se encontró prueba alguna, en que se verifique que la empresa Embotelladora Risaralda Ltda., hubiera solicitado la corrección respecto al retiro de su ex trabajador, como tampoco se evidencia que el ISS hoy Colpensiones, haya iniciado las acciones de cobro frente a los aportes o períodos de tiempo no cotizados por el enunciado empleador y finalmente, que el actor hubiese solicitado la actualización o corrección de su historia laboral.

En reciente pronunciamiento nuestra H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL3807 del 9 de septiembre de 2020, indicó que,

“Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, con posterioridad a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional. De no hacerlo en término se generan unos intereses moratorios. La norma consagra:

ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado a sus beneficiarios, debe probar que previamente, cumplió con su obligación de manera diligente, que no es otra sino la de realizar las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 ibídem. Pues es responsabilidad suya garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados, norma que reza:

ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación Radicación n.º 73300 SCLAJPT-10 V.00 18 mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En ese campo, la labor del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que como administradora de esos recursos, tenía la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hicieran efectivos aún ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes. Como lo ha establecido esta corporación en la sentencia CSJ SL4539-2018, rememorando la CSJ SL34270, 22 jul. 2008, reiterada en la SL537-2019 y SL3551-2019:

Sobre este punto, la Sala desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270 en la que rectificó su criterio, se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica, sosteniendo que el incumplimiento de la administradora de pensiones en su deber legal de cobro al empleador moroso, conduce inexorablemente, a que responda por la prestación reclamada, decisión que se ha rememorado recientemente en la CSJ SL3399-2018, en donde se puntualizó: Sobre la línea jurisprudencial, garantizadora de los derechos de los trabajadores frente a empleadores morosos con el sistema de seguridad social y administradoras de pensiones negligentes en el recaudo de los aportes, la sentencia SL1363-2018 del 11 de abril de 2018, la rememoró así:

“Para responder al requerimiento de la censura, ésta Sala de Casación ratifica, que desde la sentencia CSJ SL 22, jul, 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia respecto a los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Es por ello que a partir de la referida providencia, la Corte estableció que cuando se presente dicha situación, y esto necesariamente impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la respectiva administradora en el deber



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

legal que tiene del cobro, es a ésta última a la que le incumbe el pago de las mismas, a los afiliados o a sus beneficiarios.

También hizo expresa precisión la Corte, para el caso concreto de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si estos han cumplido cabalmente 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, Radicación n.º 73300 SCLAJPT-10 V.00 19 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 específico del cobro.”

Tal criterio doctrinal se ha reiterado por esta Sala de manera invariable, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802; CSJ SL8715-2014; CSJ SL14388-2015; CSJ SL15167-2015; CSJ SL16814-2015; CSJ SL14987-2016; CSJ SL17488-2016; CSJ SL13266-2016; CSJ SL2136-2016; CSJ SL15980-2016; CSJ SL4892-2017; y CSJ SL5166-2017, CSJ SL1624-2018 y CSJ SL3550-2018.

Similar posición ha sostenido la Corte Constitucional, en especial, en la sentencia CC T-300-2014, en donde indicó:

4.5 El tiempo que en el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones aparece en mora de pago por parte de un empleador debe ser tenido en cuenta para efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez.

En primer lugar, se debe precisar que el registro de la mora en el pago de aportes que sea especificado en un Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones puede generarse por dos fenómenos a saber: a) cuando existiendo un vínculo laboral vigente el empleador no realiza el pago a la administradora de pensiones a la que esté afiliado el empleado, o b) cuando a pesar de haber cesado la relación laboral, el empleador no reporta la novedad de retiro a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). Así pues, independientemente que se presente uno u otro fenómeno, el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones registrará una mora en el pago de los aportes, toda vez que, en cualquiera de los dos eventos, la administradora de pensiones entenderá que existe un incumplimiento en las obligaciones del empleador, debiendo así, conforme la ley se lo exige, adelantar las acciones de cobro de los respectivos aportes adeudados.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha destacado la función que desempeña el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en la garantía efectiva de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de los adultos mayores, la misma Corporación múltiples veces ha señalado que la mora u omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no puede ser un impedimento para que las Administradoras de Fondos de Pensiones reconozcan la pensión de vejez a los afiliados; en otras palabras, dicha falta de pago no es motivo Radicación n.º 73300 SCLAJPT-10 V.00 20 suficiente para negar el reconocimiento de la prestación pensional pretendida.

Lo anterior resulta así, primero, pues para el afiliado es inoponible, por un lado, el incumplimiento de una obligación que está a cargo de su empleador, y por otro, el cumplimiento de los deberes que surgen producto de la relación entre la AFP y el empleador, deberes cuya observancia es ajena al trabajador dependiente; y, segundo, ya que la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2633 de 1994 traen ciertos mecanismos y acciones que obligan a las administradoras de pensiones a realizar los cobros, incluso de forma coactiva, de las cotizaciones que se encuentren en mora con el fin de guardar la integridad de los aportes a pensión, y sancionar dichos pagos extemporáneos. Así entonces, ha dicho esta Corte “que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes”

[..]

En conclusión, la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, o la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las administradoras de pensiones, no pueden servir de argumento para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional, pues de lo contrario correría el trabajador con las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de su empleador y con la correlativa falta de acción de la AFP encargada de cobrar los pagos no efectuados en tiempo por el empleador. En consecuencia, el empleado no debe asumir la ineficiencia de la entidad administradora en el cobro de dichos aportes, y esta última no puede alegar a su favor la propia negligencia en perjuicio del trabajador, toda vez que él es ajeno a dicha situación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En virtud de lo anterior, fue errada la decisión del ad quem, al no tener en cuenta las semanas señaladas por la demandante, además de que no se acreditó gestión de cobro por parte del Instituto de Seguros Sociales, por lo que hace responsable del pago de la pensión de vejez reclamada a la administradora de pensiones.” (Resaltado de la Sala)

Luego entonces, en el sub lite, si bien el demandante reclama no se tengan en cuenta los períodos de tiempo de mayo a diciembre de 1996, por no haberse prestado ningún servicio para la empresa Embotelladora Risaralda, ello no es posible, dado que, la enunciada empresa, no efectuó la novedad de retiro, en dicha anualidad ni con posterioridad a la enunciada fecha con el fin de corregir tal situación.

Aunado a lo anterior la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, teniendo el deber legal de iniciar acciones de cobro frente a estos períodos o solicitar al empleador corrección u actualización de información en este sentido, no lo hizo desde el año 1996 a la presente data.

Consecuencia de lo anterior, se tendrán en cuenta los períodos de mayo a diciembre de 1996 y al no tenerse certeza sobre el salario devengado para dicho interregno de tiempo, se tendrá el salario mínimo legal para la calenda.

En lo tocante al mes de febrero de 1997 y dado que, sobre este ciclo se aplicó el pago de los meses anteriores, se tendrá en cuenta dicho período en forma completa y sobre el salario cotizado (\$1.500.000), a la hora de liquidar la prestación.

No se pasa inadvertido que, el demandante está realizando una negación indefinida, a la luz de lo dispuesto en el artículo 167 del estatuto procesal, en cuanto a la no prestación del servicio a la empresa de Risaralda, desde mayo hasta diciembre de 1996, sin embargo, lo cierto es que, esta afirmación sí es susceptible de probar,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

bien sea con prueba documental, como lo pudo ser una certificación laboral emitida por la empresa o testimonial o el medio probatorio que considerara pertinente para acreditar su dicho, sin que ello hubiere ocurrido.

Luego entonces, no se tendrá en cuenta la manifestación del actor, en lo atinente a la no prestación del servicio durante el citado interregno de tiempo y en tal sentido, a la hora de liquidarse la prestación reclamada, se tomarán los períodos relacionados como si ellos, estuvieran en mora por el empleador y de los cuales el ente de seguridad social no hizo ninguna acción de cobro o corrección, como se indicó en forma precedente.

Ahora bien, una vez realizada la correspondiente liquidación que se anexa y hace parte integral de esta sentencia, con base en la historia laboral visible en el expediente digital, denominado GEN-REQ-IN-2016_7326091-2016081115747, se obtiene un IBL de \$3.693.345,⁰⁰, durante los últimos 10 años de cotización y la suma de \$3.541.376 durante toda la vida laboral, por lo que, se tendrá en cuenta el primer valor, por ser el más favorable al recurrente.

Colofón de lo anterior, del IBL del \$3.693.345,⁰⁰, se aplicará una tasa de reemplazo del 90%, dada la densidad de semanas cotizadas durante su vida laboral, obteniéndose como primera mesada, la suma de \$3.324.010,⁵⁰, la cual resulta superior a la establecida por la encartada, pues nótese que en el acto administrativo de reconocimiento pensional ésta fue definida en \$2.909.252 y en la resolución de reliquidación, la misma se estableció en \$2.918.888.

Conforme a lo anterior, concluye la Sala que se debe modificar la sentencia de primera instancia, para en su lugar reliquidar la pensión de vejez de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MESADAS PENSIONALES CAUSADAS.

De acuerdo a las anteriores argumentaciones, se modificará el numeral segundo de la sentencia objeto de reproche, para fijar como valor del retroactivo causado a favor del demandante, el siguiente;

Tabla de la diferencia pensional							
Desde	Hasta	Incremento%	Valor de la mesada calculada	Valor de la mesada pagada	Diferencia pensional	No. de mesadas por año	Valor del retroactivo anual
01/12/2009	31/12/2009		\$ 3,324,010.50	\$ 2,918,888.00	Prescrito		
01/01/2010	31/12/2010	2.00%	\$ 3,390,491.00	\$ 2,977,266.00			
01/01/2011	31/12/2011	3.17%	\$ 3,497,970.00	\$ 3,071,645.00			
01/01/2012	31/12/2012	3.73%	\$ 3,628,444.00	\$ 3,186,217.00			
01/01/2013	11/10/2013	2.44%	\$ 3,716,978.00	\$ 3,263,961.00			
12/10/2013	31/12/2013	0.00%	\$ 3,716,978.00	\$ 3,263,961.00	\$ 453,017	3.63	\$ 1,645,962
01/01/2014	31/12/2014	1.94%	\$ 3,789,087.00	\$ 3,327,282.00	\$ 461,805	13	\$ 6,003,465
01/01/2015	05/04/2015	3.66%	\$ 3,927,768.00	\$ 3,449,061.00	\$ 478,707	13	\$ 6,223,191
01/01/2016	31/12/2016	6.77%	\$ 4,193,678.00	\$ 3,682,562.00	\$ 511,116	13	\$ 6,644,508
01/01/2017	31/12/2017	5.75%	\$ 4,434,814.00	\$ 3,894,309.00	\$ 540,505	13	\$ 7,026,565
01/01/2018	31/12/2018	4.09%	\$ 4,616,198.00	\$ 4,053,586.00	\$ 562,612	13	\$ 7,313,956
01/01/2019	31/12/2019	3.18%	\$ 4,762,993.00	\$ 4,182,490.00	\$ 580,503	13	\$ 7,546,539
01/01/2020	31/12/2020	3.80%	\$ 4,943,987.00	\$ 4,341,425.00	\$ 602,562	6	\$ 3,615,372
Valor de la diferencia pensional desde 12/10/2013 al 30/06/2020							\$ 46,019,558

INTERESES MORATORIOS

Reclama el apelante, el reconocimiento por concepto de intereses moratorios, sin embargo, en lo atinente a este punto, debe precisarse que, en el año 2020, con sentencia CSJ SL1981-2020, se autorizó el cómputo de semanas cotizadas sin tener en cuenta el empleador que se tuviera (público o privado), es decir, con posterioridad a la instauración de la presente contienda, por lo que, en principio el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Por otro lado, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL3130-2020, también cambió de criterio respecto al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reconocimiento de intereses moratorios ante el pago deficitario de las pensiones, y en sentencia, SL2428 del 2 de junio de 2021 se indicó;

“Respecto de los intereses moratorios, estos no son procedentes toda vez que el reconocimiento pensional obedece a un cambio jurisprudencial (CSJ SL1981-2020), de modo que, en su lugar, se ordenará indexar el retroactivo pensional a 31 de mayo de 2021, con el fin de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de las mesadas por el paso del tiempo. Así la indexación de la deuda a 31 de mayo de 2021, se totaliza en \$47.036.619,24 conforme al siguiente cuadro:”

Así las cosas, ante los dos cambios jurisprudenciales enunciados (pensión vejez e intereses moratorios), no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de este concepto, y en tal sentido se confirmará la decisión del *A quo* frente al reconocimiento de la indexación pensional.

COSTAS: En esta instancia no se impondrá condena en costas ante la prosperidad parcial de los recursos de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral “primero” de la sentencia, proferida el 17 de marzo de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 a favor de JORGE CÁCERES MÉNDEZ, en cuantía inicial de \$3.324.010,⁵⁰, a partir del 1 de diciembre de 2009, debiéndose reajustar anualmente con los incrementos de Ley.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral “segundo” de la sentencia, proferida el 17 de marzo de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a pagar a favor de JORGE CÁCERES MÉNDEZ, la suma de \$46.019,558, por concepto de retroactivo causado entre el 13 de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2021, así como las diferencias que se causen con posterioridad hasta cuando las mismas sean incluidas en nómina.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia al considerar que no se causaron.

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 **ALBERTO LEÓN ANAYA ARRIETA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO

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.

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor ALBERTO LEÓN ANAYA ARRIETA solicita se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que se declare la ineficacia del traslado de Protección S.A. a Colfondos; que se declare que no recibió ninguna información o asesoría clara y precisa de parte de los fondos de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A. y a Colfondos a trasladar los aportes realizados por el actor, junto con las cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado de todos sus frutos e intereses; se ordene a Colpensiones validar los aportes en pensiones trasladados por Protección S.A. y a Colfondos S.A., incorporarlos a la historia laboral (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 1 a 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 26 de abril de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1957 y a la presentación de la demanda cuenta con 62 años de edad; que empezó a cotizar al extinto Instituto de Seguros Sociales el 14 de febrero de 1989; que el 30 de septiembre de 1994 fue trasladado a Protección hasta junio de 2015; que se trasladó a Colfondos S.A., a partir de julio de 2015 y hasta la fecha; que a entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 40 años de edad y por tanto no es beneficiario del régimen de transición; que no le fue explicada en forma clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen; que el 14 de noviembre de 2018 radicó solicitud de traslado a Colpensiones; que el 15 de noviembre de 2018, recibió respuesta a su requerimiento; que el 28 de mayo de 2019 presentó ante Colfondos solicitud de información respecto al bono e historia laboral pensional; que el 4 de junio solicitó el traslado a Colfondos S.A.; el 6 de junio de 2018 había presentado reclamación ante Protección.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el demandante goza de autonomía para trasladarse de régimen; que era consiente al momento de suscribir el formulario de afiliación. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido; buena fe, declaratoria de otras excepciones (fl. 118).

La accionada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el acto suscrito entre las partes es válido y por ende existe en el mundo jurídico, libre de vicios del consentimiento. Como medios **exceptivos**, propuso los de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe;



prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica (fl. 154).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de abril de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante el 23 de septiembre de 1994 y la subsiguiente; **condenó** a Colfondos a la devolución de saldos y aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante; **ordenó** a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante y recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular; **absolvió** de las demás pretensiones incoadas; **declaró** no probadas las excepciones formuladas; se **abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..En ese punto, pues la información termina siendo, una información falaz, una información insuficiente, y una información sobre todo incompleta a la hora de resolver o a la hora de determinar las condiciones de la litis. En ese punto no se puede determinar que en ese sentido exista, como se ha vuelto cliché de los fondos privados un acto de relacionamiento, también teniendo en cuenta la suscripción de un formulario con Colfondos, formulario que no existe y que está de carga de la prueba del fondo privado demostrar que no solamente se suscribió el formulario, sino que este sea suficiente y que queda con la carga de la prueba de la información clara y comprensible a la medida de la simetría que existe entre un afiliado lego y el administrador experto.

En los anteriores términos, el despacho no considera que hayan elementos para ratificar la existencia de este acto de afiliación y que al existir afiliación desinformada debe reconocerse la ineficacia en sentido estricto de la razón jurídica de afiliación y de cotización.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, el despacho teniendo en cuenta el pronunciamiento de la sentencia SL1688 del 2019 de todas maneras observa que es un acto resiliatorio de tracto sucesivo, que no puede desconocerse la gestión administrativa so pena de incurrir en una condena o en una causal para determinar un enriquecimiento sin causa lo cual está proscrito dentro del ordenamiento jurídico, por tal razón el despacho desestimaré cualquier tipo de solicitud de devolución de gasto de administración y simplemente se atenderá al petitum de la demanda...” (13:52)

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante**, en el sentido de que se revoque parcialmente el fallo, para que se ordene el traslado de los gastos de administración, y se trasladen todos los montos a Colpensiones, ya que la Jurisprudencia ha establecido que, esta es la sanción que se impone a los fondos al no suministrar la información en forma completa al afiliado.

El apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia, respecto a la negativa de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de solidaridad, ya que en los salvamentos de voto emitidos por la Corte en sentencia SL1452, se ha indicado que se deben devolver todos estos emolumentos al RPM; igualmente solicita se revoque la sentencia respecto a la ineficacia del traslado al acreditarse el derecho de información del afiliado y absolver a la entidad en cuanto al recibimiento del demandante al RPM.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 la parte actora y Porvenir guardaron silencio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La apoderada de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, solicitó se revocara el fallo de primera instancia al considerar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y Protección y Colfondos es válido, al suscribirse en forma libre y voluntaria y al brindarse asesoría por parte del asesor del fondo privado; que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica y sin ponderación; que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal, al contar con 60 años de edad y por tanto no puede trasladarse al RPM.

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 folio 87, radicada ante Colpensiones el 14 de noviembre de 2018 y de la cual la entidad emitió respuesta desfavorable el 15 de noviembre de 2018 (fl. 93).

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 partes demandadas en el recurso de



apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Alberto León Anaya Arrieta al régimen de ahorro individual administrado por el Porvenir S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 17); reporte de semanas cotizadas en pensiones (fl. 68); reporte de historia laboral expedida por Colfondos (fl. 70); solicitud de corrección de información (fl. 76); oficio de la Alcaldía de Barrancabermeja (fl. 77); certificado de información laboral (fl. 78); certificado de salarios mes a mes (fl. 80); reporte estado de cuentas de la afiliada (fl. 83); formulario de peticiones, quejas, reclamos, sugerencias y denuncias radicado ante Colpensiones (fl. 87); respuesta de Colpensiones del 15 de noviembre de 2018 (fl. 93); solicitud de información a Colfondos (fl. 95); respuesta emitida por Colfondos el 21 de junio de 2019 (fl. 103); derecho de petición radicado ante Protección el 6 de junio de 2019 (fl. 106); formulario de afiliación a Protección efectuado el 23 de septiembre de 1994 (fl. 167); certificado de Asofondos (fl. 168); reasesoría pensional efectuada por Protección (fl. 169); simulador pensional (fl. 170); respuesta a derecho de petición de Protección



fechado del 28 de junio de 2019; reporte estado de cuenta emitido por Protección (fl. 173).

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»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 desfavor 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 30 de noviembre de 1994 tal como se advierte de la historia



laboral que obra a folio 68 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Protección S.A., y finalmente trasladarse a Colfondos; fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección y Colfondos, tenían 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 suscrito ante Protección (fl. 167).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«...yo estaba trabajando con el Ministerio del Interior y en la oficina ubicada en la Calle 12 con Carrera 8 allí llegó un grupo de hombres y mujeres del fondo privado protección y se repartieron en varias oficinas y en cada oficina había un grupo de compañeros de trabajo y en la oficina donde yo me encontraba allí llegaron también y comenzó un señor a hablar, un asesor de protección, comenzó a hablar sobre la crisis del sistema pensional que había en ese momento del estado, la crisis que había, en el sistema, estaba en peligro, que los aportes que estábamos haciendo al sistema de pensiones, estaban en riesgo y que protección tenía el respaldo de grupos económicos muy importantes, fuertes, sólidos financieramente, también hablaron sobre, pues que, aseguraban una buena pensión, nos aseguraban, o me aseguraban una buena pensión, que me devolvían los aportes, que si yo faltaba, es decir, si llegaba a morir mis herederos recibirían mi pensión y lo más importante, que me llamó también, más la atención era que insistían mucho en que mi pensión sería mínimo o igual o superior a la del sistema del estado, nunca sería menor o inferior...»*. (Cd. Fl. 201).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Que en ese momento de acuerdo a la información recibida *“claro firmé porque creí había claridad en todo lo que me dijeron. Creí y por esa razón firmé mi paso al fondo Protección”*; por otro lado, fue enfático en señalar que no sufrió ningún tipo de presión para firmar el formulario de afiliación, pero agregó que, *“fue voluntaria porque creí que la información que me estaban suministrando era cierta, era completa, veraz, verídica, en fin, entonces, bueno, ya después más adelante me di cuenta que no era cierto”*; al considerar que la información era la idónea, no se acercó a ninguna oficina de Protección a realizar indagaciones adicionales al respecto.

Al auscultársele sobre el traslado de Protección a Colfondos, este señaló que, *“Yo firme con Colfondos pues ese traslado porque creí en la información que me estaba suministrando la señora de Colfondos, de las ventajas que podía tener en comparación con lo que estaba, en el fondo en el que estaba yo, en protección”, informando que las ventajas exteriorizadas por la asesora de Colfondos era que, “...Protección no tenía la solidez económica, como para, que podía estar en riesgo mi pensión si yo continuaba con ellos, al hablarme de los riesgos, aquí nosotros, ella me hablaba de los grupos financieros, no recuerdo los nombres, que estaban alrededor de colfondos y le daban solidez a colfondos, eso”*.

En lo atinente a la motivación para devolverse a Colpensiones, exteriorizó que, *“cuando yo ya estaba consciente que tenía que pensionarme, voy a la oficina de Colfondos que esta ubicada en la Colfondos, cafam floresta, en la oficina ubicada en la floresta y allí, cojo el turno y todo, a que viene señor, no señorita es que yo estoy ad portas de pensionarme, yo quiero saber cuál va a ser mi pensión, cuánto voy a recibir mensualmente, entonces la señorita me dice, mire, después me redondeó y me dijo, usted va a tener una pensión de, redondeando no supera, redondeando vamos a hablar de \$1.000.000, casi que literalmente, estoy hablando de 2019, entonces yo le dije, como así, ni siquiera el millón de pesos, ella dijo redondeando, acercándose al \$1.000.000 y yo me asusté, yo me puse mal, y yo dije, como es posible que no me vaya a ganar ni el \$1.000.000 por eso yo digo que me estafaron, con todo lo que me dijeron”*.



A su turno, la representante legal de Protección S.A., al indagársele sobre la existencia en la entidad de algún documento diferente al formulario de afiliación en el que se pudiera verificar la asesoría brindada al demandante, esta informó “*en los archivos de mi representada en la actualidad no existe otro documento adicional al formulario de afiliación toda vez que era el único documento que para el momento que se suscribió dicho acto, exigía la Ley almacenar*”. (Carpeta 08 – PROCESO ORDINARIO 2019-509).

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 Protección S.A. y Colfondos 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, las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., incurrieron 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 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por Alberto León Anaya Arrieta, al fondo de Pensiones Protección el 23 de septiembre de 1994 y Colfondos, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de las administradoras.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, y no ordenó a los fondos convocados a juicio a trasladar la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de solidaridad, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

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

Así las cosas, en este punto, debe resaltarse que la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que el fulminar condena por estos conceptos, es una consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia, como consecuencia de la falta de información al afiliado a la hora de trasladarse, y así se ha dejado sentado, entre otras, en la sentencia, 31989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del Doctor, Eduardo López Villegas, la cual fue reiterada recientemente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en sentencia SL 1942 del 12 de mayo de 2021, en donde se ha expuesto,

“..La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”

De acuerdo a los argumentos esgrimidos considera esta Sala de Decisión que, la responsabilidad de devolver cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, gastos de administración, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, deben ser reconocidos y trasladados a cargo de Colfondos S.A. y a favor de Colpensiones, sin deducción alguna, al ser este el último fondo al que se encontraba afiliado el señor Alberto León Anaya Arrieta, dada la declaratoria de ineficacia de traslado.



Dadas las razones esgrimidas, se modificará el numeral segundo “2”, en lo atinente a Colfondos S.A.,

Frente a los gastos de administración causados en el interregno en que el demandante estuvo afiliado a Protección S.A., y dado que dicho fondo trasladó los aportes efectuados por el señor Anaya Arrieta a Colfondos S.A., se ordenará a dicho fondo, transferir a favor de Colpensiones, únicamente los gastos de administración causados, durante la vinculación contractual admitida por el fondo de pensiones, sin deducción alguna por este concepto.

Dadas las razones esgrimidas, se revocará parcialmente el numeral cuarto “4” de la sentencia objeto de reproche, en el sentido de absolver a Protección de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

Consecuencia de lo anterior se adicionará la sentencia objeto de reproche, en el sentido, de ordenar a Protección S.A., a trasladar a favor de Colpensiones, los gastos de administración causados durante la vinculación contractual que existió con el demandante, sin ningún tipo de deducción.

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

COSTAS

En esta segunda instancia no se impone condena en costas, dadas las resultas del recurso de alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, 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 Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ALBERTO LEÓN ANAYA ARRIETA** contra **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS**, en el sentido de **ORDENAR** a que dicho fondo de pensiones, debe devolver cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, gastos de administración, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, a favor de Colpensiones, sin deducción alguna.

SEGUNDO. REVOCAR PARCIALMENTE, el numeral cuarto “4” de la sentencia objeto de reproche, respecto a la orden de **ABSOLVER** a Protección S.A., de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en forma precedente.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a favor de Colpensiones, los gastos de administración causados durante la vinculación contractual que existió con el demandante, sin ningún tipo de deducción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 **JOSÉ JOAQUÍN VARGAS RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se 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 JOSÉ JOAQUÍN VARGAS solicita se declare la nulidad del traslado efectuado el 1 de mayo de 2000 a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; que se ordene a Colpensiones a tener al demandante como afiliado al régimen de prima media como si nunca se hubiera trasladado; al pago de las costas procesales (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se trasladó a Porvenir el 1 de mayo de 2000; que no le fue brindada información clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas del RPM y RAIS; que los asesores de Porvenir prometieron condiciones y beneficios en el régimen de ahorro individual; que nació el 7 de diciembre de 1956; que Porvenir realizó una simulación pensional al demandante en los dos regímenes, verificándose como más favorable la establecida a cargo de Colpensiones; se agotó la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no se encuentra demostrado que al demandante se le hubiere hecho incurrir en error para que se trasladara de fondo. Como **Excepciones**, se propusieron las de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (fl. 28).



La accionada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el traslado de régimen fue realizado acorde a las disposiciones legales; que dicho trámite fue realizado en forma libre y voluntaria por el demandante. Como medios **exceptivos**, propuso los de, prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; y la genérica (fl. 93).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 22 de abril de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante; **ordenó** a la AFP Porvenir S.A., a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor Vargas Rodríguez, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones; **ordenó** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes del RAIS, como si este nunca se hubiese trasladado; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir y a favor del demandante, fijando como agencias, la suma de \$1.000.000; **ordenó** remitir copia de la providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas, y conforme al material probatorio citado y el recuento procesal y jurisprudencial referido el despacho declara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el demandante el 17 de marzo del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

año 2000 a la AFP Porvenir S.A., razón por la cual se ordenará a la demandada, Porvenir S.A., a devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones de manera indexada al momento de realizarse la transferencia a Colpensiones, tal y como lo ha dispuesto la Corte en sentencias SL 595 de 2017; SL 4989 de 2018; SL1421 de 2019 y en la sentencia SL 638 de 2020, referente a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

De igual manera, y como consecuencia de lo anterior, se ordena a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media, a recibir los aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones remitidos por Porvenir S.A., debidamente indexados al momento de realizarse el traslado...” (1:01:30)

RECURSO DE APELACIÓN:

La **Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, solicita se revoque la sentencia y consecuencia de ello, se absuelva de la totalidad de las pretensiones incoadas, argumentando para tal efecto que, se debía acreditar el error como vicio del consentimiento, a la hora de suscribir el formulario de afiliación; el traslado se efectuó conforme a los lineamientos establecidos para el año 2000; que de acuerdo al interrogatorio rendido por el demandante, podía dar información respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar respecto a la afiliación, este indicó que no recordaba tal situación, que él es la persona indicada para verificar qué información se le había brindado, y el hecho de no recordar esto, no significa que no se le haya brindado la información correspondiente; que con el formulario se cumple con el deber de información; en lo atinente a la carga de la prueba, señala que, también es obligación de los afiliados solicitar la información necesaria antes de firmar dicho formulario; que el demandante ha permanecido en el RAIS desde el 2000 y en varias ocasiones se acercó a Porvenir para saber sobre su historia laboral, decidiendo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

permanecer en el régimen pensional; que el verdadero motivo de traslado por parte del demandante es el monto de la pensión en el RAIS no llena sus expectativas; en lo atinente a la devolución de aportes y gastos de administración, ello no es procedente al considerar que, estos últimos no es parte integrante de la pensión ni de los regímenes pensionales y en tal sentido también se ha pronunciado la Superintendencia Financiera; que los gastos de administración están cobijados por el fenómeno de la prescripción.

La parte demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, incoó recurso de apelación, al considerar que, de las pruebas recaudadas no se logró establecer vicios de consentimiento a la hora de suscribir el formulario de Porvenir S.A; que si bien la carga de la prueba la tienen los fondos, en el presente asunto, tanto en la demanda como en el interrogatorio es contradictorio y evasivo a lo que se le indaga; que el motivo de su inconformidad y razón para trasladarse es el monto de la mesada; que tuvo la oportunidad de devolverse a Colpensiones y no realizó ningún trámite tendiente a que ello ocurriera; solicita se reitere que Porvenir debe transferir los aportes y demás emolumentos sin ningún descuento.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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



Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 12, radicada ante Colpensiones el 22 de marzo de 2019 y de la cual la entidad emitió en la misma fecha, respuesta en forma desfavorable respecto a la solicitud de ineficacia del traslado (fl. 14).

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 partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por José Joaquín Vargas Rodríguez al régimen de ahorro individual administrado por el Porvenir S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, simulación pensional efectuada por Porvenir S.A. (fl. 8); reclamación administrativa (fl. 12); respuesta de Colpensiones frente a la petición incoada por el demandante (fl. 14); historia de semanas cotizadas ante Colpensiones (fl. 72); formulario de afiliación a Porvenir realizada el 17 de marzo de 2000 (fl. 112).



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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



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

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

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

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

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 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.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de noviembre de 1994 hasta la fecha de su traslado al RAIS, tal como se advierte de la historia laboral que obra a folio 72 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir el 17 de marzo de 2000; fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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. 112).

Por otro lado, se advierte desde ya, que no es posible invertir la carga de la prueba al demandante, como lo sostiene la apoderada de Porvenir S.A., dado que, tal situación soslayaría los derechos fundamentales, procesales y que jurisprudencialmente se han reconocido a las personas que consideran han sido perjudicados al trasladarse de régimen sin la suficiente información para ello.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«...Vinieron unos funcionarios de Porvenir y nos amenazaron entre otras cosas que el Seguro Social se moría y que la solución era pasarnos a Porvenir, y entonces nosotros cometimos el error de pasarnos a Porvenir sin ninguna explicación...»*. (Cd. Fl. 141).

Que debido a la presión ejercida, no había leído la información contenida en el formulario de afiliación, ya que al indagársele sobre este aspecto, indicó que, *“No. La información fue muy general de parte de los funcionarios de Porvenir, que teníamos que pasarnos a Porvenir porque no, el Seguro Social donde estábamos se acababa...”*.

En lo atinente a la consignación de los aportes de pensión, el derecho al retracto, indicó que no recordaba que información le habían suministrado al respecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la representante legal de Porvenir al indagársele sobre la afiliación efectuada en el año 2000 al demandante, el diligenciamiento del formulario, asesoramiento; información sobre las características del RAIS y el RPM; soportes sobre el suministro de tal trámite, indicó que la información fue otorgada en forma verbal y por ende no existe ningún soporte documental en estos aspectos, agregando que ella no había estado presente al momento de realizar todas estas diligencias (CD folio 141).

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

Por manera que, la sociedad 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 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por José Joaquín Vargas Rodríguez, al fondo de Pensiones Porvenir efectuado en marzo de 2000, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

Dado 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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 recurso de apelación impetrado por el apoderado de Porvenir S.A., en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya 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 del demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga el demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Alegó la apoderada de Porvenir S.A., respecto a la devolución de los gastos de administración, y demás emolumentos, que debía aplicarse el fenómeno prescriptivo, por lo que, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Así las cosas, si la declaratoria de ineficacia es imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará la excepción de mérito propuesta y alegada en la alzada por Porvenir S.A.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 22 de abril de 2021, en cumplimiento a lo dispuesto en Acuerdos PCSJA20-1686 del 10 de diciembre de 2020 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ JOAQUÍN VARGAS RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para 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

AUTO DE PONENTE

se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a favor del demandante, JOSÉ JOAQUÍN VARGAS RODRÍGUEZ en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **PILAR LILIANA VILLAMARÍN CASTAÑEDA** y **ELÍAS HERNANDO VILLAMARÍN CASTAÑEDA**, en calidad de sucesores procesales de la señora **LILIA CASTAÑEDA SAMACÁ** y **TERESA MURCIA ROBLES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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

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



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Diana Maria Vargas Jerez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.090.449.043 de Cúcuta y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora LILIA CASTAÑEDA SAMACÁ solicitó se declarara el reconocimiento de la sustitución pensional a su favor y consecuencia de ello, se ordenara el pago de la prestación a partir del fallecimiento del señor Elías Hernando Villamarín, el 22 de noviembre de 2017 y las mesadas dejadas de percibir debidamente indexadas, con intereses moratorios, desde el fallecimiento de su cónyuge; se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que contrajo matrimonio con Elías Hernando Villamarín Ramos (q.e.p.d.) el 21 de diciembre de 1968; que el 9 de octubre de 1991 fue registrado el matrimonio en la Notaria 13 de Bogotá; que la pareja procreó dos hijos; que el 9 de octubre de 1991, decidió la pareja liquidar la sociedad patrimonial, pero mantuvo el vínculo matrimonial; que el señor Villamarin abandonó su hogar en el año 1991; que mediante Resolución No. 025145 de 2002 el extinto Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez al señor Villamarín, a partir de junio de 2002; que la pareja decidió convivir nuevamente para el año 2016, dada la enfermedad que le fue diagnosticada al *de cujus*; que se dedicó a cuidar a su esposo durante



la enfermedad; que el 22 de noviembre de 2017 falleció su cónyuge; que en marzo de 2018 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión; que mediante Resolución No. 126846 del 10 de mayo de 2018 le fue negada la prestación al no cumplir con los requisitos legales para acceder a ella; que su cónyuge nunca convivió con persona diferente a la demandante.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que de acuerdo a la investigación administrativa realizada por la entidad, se concluyó que la demandante no había acreditado el contenido y la veracidad de la solicitud, al convivir con el pensionado hasta el año de 1985, además, la señora Teresa Murcia Robles, también había solicitado el reconocimiento y pago de la pensión. Como **excepciones** propuso los de inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones; no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; compensación; prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (fl. 113).

Con auto del 16 de julio de 2019, ordenó la acumulación de procesos, con el que se tramitaba ante el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de la ciudad de Tunja y consecuencia de ello, ordenó la remisión del expediente a este despacho judicial y tuvo como demandada a la señora Teresa Murcia Robles (fl. 99)

TERESA MURCIA ROBLES, pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su compañero Elías Hernando Villamarín Ramos (q.e.p.d.); que se indexen las mesadas pensionales; que se paguen intereses moratorios y costas procesales.



Como pretensiones subsidiarias solicita se paguen intereses moratorios a la tasa máxima legal de las mesadas desde el 23 de noviembre de 2017 y hasta cuando se paguen las mesadas pensionales.

Fundamentó sus pretensiones en que, al señor Elías Hernando Villamarín le fue reconocida pensión de vejez en el año 2002; el 13 de julio de 2017 mediante Escritura Pública, la pareja decidió declarar la unión marital de hecho que sostenían desde el año 2010; que el 1 de agosto de 2017 el señor Villamarín compareció a Colpensiones con el fin de indicar que su única beneficiaria era la señora Murcia Robles desde hacía siete años; que le fue contestada su solicitud informando que se tendría en cuenta la información allegada; que el 22 de noviembre de 2017 falleció el señor Elías Hernando; que el 6 de diciembre de 2017 presenta solicitud de reconocimiento pensional a Colpensiones; que mediante Resolución SUB 19741 del 23 de enero de 2018 se negó la prestación, al no acreditarse la convivencia entre la pareja; que contra el acto administrativo fueron incoados recurso de reposición y en subsidio de apelación, sin embargo, estos fueron resueltos en forma desfavorable; que sostuvieron una relación de convivencia desde el año 2010; que la investigación administrativa adelantada por la entidad violó el derecho de defensa y contradicción de la reclamante al no suministrarse información completa sobre la misma y al no poder contradecir a los testigos recepcionados (01. Cuaderno Juzgado Pequeñas causas).

Lilia Castañeda Sama, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de Teresa Murcia Robles, al considerar que la enunciada señora no tenía legitimación para reclamar la prestación. Como medio **exceptivo** propuso la de falta de cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente (fl. 113 01. Cuaderno Juzgado séptimo laboral).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero Transitorio (1) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 14 de mayo de 2021, resolvió; **absolver** a la demandada de las pretensiones incoadas por los señores, Pilar Villamarin Castañeda y Elías Hernando Villamarín Castañeda en calidad de sucesores procesales de la señora Lilia Castañeda Samaca y por la señora Teresa Murcia Robles; se **abstuvo** de imponer condena de costas; **ordenó** la consulta de la sentencia en caso de no ser apelada

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..En este orden de ideas, al analizar las pruebas allegadas con el escrito de demanda se evidencia que los supuestos fácticos narrados en la demanda, se corroboran los siguientes supuestos fácticos, que se relacionan en la demanda, esto es, que la señora Castañeda Samacá contrajo matrimonio con Elias Hernando Villamarín el 21 de diciembre de 1968, folio 17; que el 9 de octubre de 1991, la mencionada pareja procedió a liquidar la sociedad conyugal mediante Escritura Pública 3058 folio 16; y que de dicha unión procrearon dos hijos, que son los actualmente los sucesores procesales de la señora Castañeda Samacá.

Pese a lo anterior y que existe certeza que el vínculo matrimonial entre la señora Castañeda y el pensionado tuvo, mantuvo su vigencia hasta la muerte de éste último, esta situación no la exoneraba a la demandante de probar el requisito de convivencia por un lapso mínimo de 5 años en cualquier tiempo. Supuesto que en el presente asunto no se acreditó pues las pruebas documentales incorporadas al plenario, no dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo, y lugar, en convivencia de la mencionada pareja.

...

Finalmente, se advierte que si bien la demandante afirmó que inició una nueva convivencia con el asegurado en el año 2016, se tiene que desde esta anualidad, tampoco se alcanza a reunir los 5 años de convivencia, pues el pensionado falleció en noviembre del 2017, por lo expuesto precedentemente se concluye que si bien el vínculo matrimonial que tuvo la señora Castañeda con el señor Villamarin se encontraba vigente para el momento del fallecimiento del pensionado a pesar de existir una separación de hecho, no es menos cierto que ningún medio probatorio dan cuenta de la convivencia por espacio mínimo de 5 años continúa en cualquier tiempo. En este orden de ideas se despachará de manera desfavorable las súplicas presentadas por la señora Lilia Castañeda Samacá...



Máxime que si se tiene en cuenta que en el asunto de marras, la declaratoria de la unión se decretó en julio de 2017, quedando claro, es decir, después de esta fecha, según las declaraciones rendidas por la propia señora Teresa Murcia y por los testigos, durante los últimos dos meses, al deceso del pensionado, no hubo una convivencia entre la señora Teresa y el señor Villamarín por cuanto este se trasladó a la ciudad de Bogotá, adicionalmente, en el mencionado documento, en la Escritura Pública, que la convivencia inició el 1 de marzo de 2010 pero al verificar la escritura obrante a folios 138 se acredita que para noviembre del 2010, figuraba como compañera permanente con unión marital de hecho vigente la señora Ruth Mery Mateus Camargo. Además que el hijo del asegurado dijo que para el año 2010 vivió con su padre en un apartamento de Suba por espacio de 6 a un año, el anterior material probatorio, resulta suficiente para concluir que la demandante no logró demostrar que convivió con el pensionado afiliado por un término mínimo de 5 años inmediatamente a su deceso, las razones expuestas conllevar a este despacho a proferir sentencia absolutoria...” (1:24).

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpuso recurso de apelación al considerar que la parte demandante, la señora Lilia Castañeda no probó los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, se hizo una indebida valoración probatoria teniendo en cuenta el matrimonio celebrado entre la señora Lilia y el señor Villamarín; que en la Escritura Pública allegada se puede verificar que, la pareja convivió en otro lapso de tiempo; que de acuerdo a la investigación administrativa celebrada por Colpensiones, se puede corroborar la convivencia en cualquier tiempo. Que la declaración de la señora María Santos, es contundente al establecer que la pareja convivió; que la señora Lilia estuvo con el fallecido hasta el día de su muerte.

El apoderado de la señora Teresa Murcia Robles, señala que, la señora Lilia no acreditó la convivencia con el señor Villamarín; respecto a su representada señaló que los testimonios rendidos en el proceso Patricia, Leonor, Guillermo sí fueron claros y coherentes sobre la convivencia de la señora Teresa con el *de cujus*; que debió tenerse en cuenta dichas declaraciones; que la Escritura Pública no es la única prueba suficiente para demostrar la convivencia; que la separación de la pareja obedeció



al estado de salud del señor Villamarín; que se concedan las pretensiones incoadas en la demanda.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones solicita se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que, la entidad adelantó investigación administrativa con la empresa COSINTE y de esta se pudo concluir que no se encontraba acreditada la convivencia, con la señora Teresa Murcia Robles, a pesar de existir una relación sentimental.

El apoderado de la señora **Teresa Murcia Robles**, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, al considerar que los testimonios rendidos en el decurso procesal, por los señores Francisco Muñoz Tovar, Patricia del Socorro Diaz, Leonor Robayo y Pablo Garzón Guerrero fueron claros, coherentes y precisos en lo atinente a la convivencia de la demandante con el señor Hernando Villamarin Ramos; que se aportaron pruebas documentales con las cuales se puede acreditar su derecho; que no se encuentra acreditada la convivencia de la señora Lilia Castañeda con el señor Villamarin; que no era cierto que entre la pareja no existieran lazos afectivos, sentimentales y apoyo mutuo solo por el hecho de no acompañarlo a la ciudad de Bogotá, durante los últimos meses de vida; que con el testimonio de la señora Santos Villamarín no se logra desvirtuar la convivencia existente entre la señora Teresa y Elías Villamarin; que se cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional.



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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

Las demandantes cumplieron con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución SUB 19741 del 23 de enero de 2018 y SUB 126846 del 10 de mayo de 2018 expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de las que se desprende que ante dicha entidad las señoras Teresa Murcia Robles y Lilia Castañeda Samacá, presentaron reclamación administrativa tendiente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la primera de ellas, el 6 de diciembre de 2017 y la segunda el 27 de marzo de 2018 oportunidad en la que les fue negada la prestación pensional. (fl. 54 y 168).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si es viable ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de las señoras Teresa Murcia Robles y Lilia Castañeda Samacá (q.e.p.d.), teniendo en cuenta para tal efecto la liquidación de la sociedad conyugal existente entre Elias Hernando Villamarín Ramos y Lilia Castañeda Samacá en el año de 1991, de ser afirmativa esta premisa, establecer si se cumple con el requisito de convivencia, para tal efecto; establecer si



es procedente ordenar acrecentar la mesada pensional a favor de alguna de las demandantes.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor Elías Hernando Villamarín Ramos, pues la misma se desprende de la Resolución 025145 de 2002 (fl. 185 del 01. Cuaderno Juzgado Pequeñas Causas), de la que se advierte que al *demandante* le fue reconocida por el extinto Instituto de Seguros Sociales, la pensión de vejez a partir del 6 de junio de 2002, en cuantía inicial de \$587.531.

SUSTITUCION PENSIONAL

Es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso. Bajo esta premisa, en consideración a que las señoras Teresa Murcia Robles y Lilia Castañeda Samacá, pretenden obtener la sustitución pensional vitalicia en calidad de compañera permanente y cónyuge supérstite, en su respectivo orden, del señor Elías Hernando Villamarín Ramos (q.e.p.d), quien falleció el 22 de noviembre de 2017, según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 53 del expediente digital (01. Cuaderno Juzgado Pequeñas causas); es patente entonces, que el régimen aplicable es el previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, inciso 3° del literal a) el cual dispone:

«Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente»(Subrayado declarado condicionalmente exequible).

De esta manera, el reconocimiento pensional de forma vitalicia está supeditado a dos requisitos, a saber: i) edad y ii) tiempo de convivencia. Frente al primero de los pedimentos, se constata que la fecha de natalicio de la señora Teresa Murcia Robles lo fue el 9 de septiembre de 1950 (fl. 44 01. Cuaderno Juzgado Pequeñas Causas), lo que en suma implica que para la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 66 años de edad, y en lo que atañe a la señora Lilia Castañeda Samacá, se tiene que la misma nació el 23 de diciembre de 1945 (GEN -DDI-AF-2018_13120986-20181017100014 del archivo CD2 Anexos reforma demanda), lo que conlleva a que, para data del deceso del *de cuius*, contara con la edad de 71 años, cumpliendo así las solicitantes la primera de las exigencias legales para acceder al derecho pensional deprecado.

En lo que respecta a la convivencia, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad artículo 13 de la ley 797 de 2003, admite, que el objetivo fundamental de la pareja es compartir en vida real y social, en este sentido la sentencia C-336 de 2014, expuso:

«El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.

(...)

Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes».

Así pues, en aras de establecer si en el caso *sub judice* la cónyuge y la compañera permanente lograron acreditar el segundo de los requisitos que les impone la norma para ser beneficiarias de la sustitución pensional, resulta preciso entrar a analizar las pruebas arrojadas al plenario, conforme los establecen los artículos 60 y 61 del CPL dentro de las cuales reposan las siguientes documentales:

1. Resolución SUB 19741 del 23 de enero de 2018 (Fl. 54)
2. Resolución No. SUB 73863 del 20 de marzo de 2018 (fl. 60 - reposición)
3. Resolución No. DIR 6071 del 26 de marzo de 2018 (fl. 64 apelación)
4. Resolución No. DIRA 6071 del 3 mayo de 2018 (FL. 70 Aclaración)
5. Resolución No. SUB 126846 del 10 de mayo de 2018 (fl. 169; 236; 10 niega reconocimiento pensión a Lilia Castañeda)
6. Recurso reposición y apelación Teresa Murcia (fl. 73)
7. Informe investigación (fl. 80)
8. Escritura No. 3058 del 9 de octubre de 1991 (fl. 175, 242)
9. Resolución 025145 de 2002 (fl. 185 pensión del fallecido)
10. Reclamación Teresa Murcia (fl. 187 del año 2017)
11. Escritura 2202 unión marital de Elías Villamarín y Teresa Murcia del 13 de julio 2017 (fl. 191)



12. Copia de historia médica del de cujus (fl. 204; 02. Cuaderno Juzgado séptimo laboral)
13. Registro de defunción de Lilia Castañeda Samacá el 13 de julio 2019 (fl. 336 02. Cuaderno Juzgado séptimo)

CONVIVENCIA ENTRE TERESA MURCIA Y ELIAS VILLAMARÍN

A su turno, la señora Teresa Murcia Robles, informó conocer al señor Villamarín en el año 1994 o 1995; cuando empezaron a tener una relación hasta el año 2008 cuando se separaron por un interregno de un año y decidieron volver a tener vínculo sentimental.

En este aspecto, debe resaltar esta Colegiatura un análisis de las pruebas testimoniales y documentales, recaudadas tanto en el trámite administrativo como en el decurso del litigio, de la siguiente manera;

La señora Teresa Murcia ante los investigadores de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones informó que había convivido con el señor Elias 18 años en Bogotá, pero se separaron por una infidelidad de su compañero, que se reconciliaron en el año 2009 y vivieron los últimos 8 años juntos en Turmequé; que *“el hijo del causante en el mes de Septiembre se lo llevó para Bogotá (señala que no tiene conocimiento de la dirección donde vivía el causante)”*, posteriormente se registró en la enunciada investigación, *“Se le solicitan los nombres y teléfonos de los familiares directos de su esposo, pero ella informa que con el hijo están disgustados y no son suministrados sus datos”*.

Que entrevistaron a un primo del causante, y a la esposa de este, que informaron de la convivencia de esta pareja, sin embargo, no se registró los nombres de las enunciadas personas, por lo que, no puede ser tenida en cuenta dichas apreciaciones.



Julia Margarita González de Rodríguez, informó conocer a la pareja “..desde que llegaron al barrio como hace 10 años. Informa que estuvieron separados como un año y medio y que volvieron a estar juntos hace como 6 años, informa **que la pareja vivían en casas diferentes**, que en ocasiones la solicitante se quedaba en la casa del causante y viceversa.”. (Resaltado de la Sala).

Blanca Marina Hernández, vecina también de la señora Teresa y el señor Elías informó que, “**la pareja convivían juntos en dos casas**, del cual una era de la solicitante y la otra era del causante. La testigo afirma que la pareja salían siempre juntos a Bogotá y realizaban paseos” (Resaltado de la Sala).

Sigifredo Coronado, vecino del sector indicó que, “el causante vivía en su propia casa y que al frente vivía la señora Teresa, comenta que eran vecinos que nunca vivieron juntos, informa que la señora Teresa le brindaba comida, refiere que primero la señora Teresa hizo su casa y después el causante hizo la casa de él y que la persona que visitaba al causante era el hijo; informa que la casa de el señor Elías está sola y que la señora Teresa está en el extranjero”.

Luz Estella Guerrero y Blanca Marina Hernández, confirmaron lo dicho en las declaraciones extra juicio.

Ahora bien, en el trámite litigioso, se recaudó prueba testimonial solicitada por la señora Teresa Murcia y estos señalaron que;

Francisco Muñoz Tovar, dijo conocer a la señora Teresa hacía 18 años, que se encontraba a la pareja, en el pueblo en los días de mercado y entre semana; desde el año 2010 se convirtió en vecino de la pareja; que se enteró que el señor Elías era casado y que tenía hijos, cuando este fue trasladado a Bogotá; que doña Teresa le decía que iba dos veces a la semana a la capital a visitar a su compañero; que tampoco sabe porque



la señora Teresa no se fue para Bogotá a cuidar al señor Elías; sin embargo, señaló que la pareja convivió desde el año 2010 hasta el 2017 cuando fue trasladado a Bogotá y no volvió; que veía a la pareja haciendo compras y mercado; que *“yo los veía desde que lo conocí como una pareja que se acompañaba mutuamente, en el pueblo, es más, nosotros vivíamos, voy a ampliar, cerca de ellos, pasábamos tipo a las 6 o 7 de la mañana que nos gusta salir a caminar y ellos, estaban en la casa, Teresa y Hernando y nos ofrecían tinto y estaban en pijama”*; que eran amorosos y cariñosos; que no se separaron durante su vínculo y que le contaron que habían suscrito la unión marital ante la Notaria 2 de la ciudad de Tunja; que no sabía del padecimiento médico que tenía el señor Elías, sino hasta cuando este falleció; que tampoco sabía si el señor Elías salía de Turmeque; que tampoco le consta si hubo una separación de cuerpos o una relación continua con la señora Teresa y que ella estuvo en el sepelio, porque eso fue lo que le contó la misma demandante y concluyó que, *“...yo sé que elevaron a escritura pública esa situación, eso fue en la notaria 2 de Tunja, lo sé porque el día que corrieron esa escritura el señor Hernando cuando llegó y Doña Teresa me mostraron la escritura y me participaron de esa situación”*.

A su turno, Patricia del Socorro Díaz Mendoza, aunque no recuerda la dirección de su domicilio, a pesar de vivir en el Municipio de Turmequé desde el año 2017, informó que, veía a la pareja y en el año 2014, se fue a vivir al barrio que queda cerca de la señora Teresa y empezaron a entablar una amistad; que la señora Teresa *“venía periódicamente, pero pues, no sé, estaba pendiente de él...”* pero no sabe más; que tampoco sabe quien atendía al señor Elías en Bogotá, pero supone que era el hijo; como pareja, señaló que Teresa y el *de cujus* eran una *“pareja muy bien llevada, se querían mucho, ella era especial con él, le cuidaba sus comidas, estaba pendiente de sus comidas”*; que piensa que compartían gastos, pero no lo indica con certeza; que en el tiempo que los conoció siempre vivieron juntos y no se separaron.



Pablo Garzón Guerrero, conoció a la señora Teresa, porque llegó en 2010 a dicho Municipio con el señor Elías; que le comentaron que el señor Elías tenía una enfermedad terminal; que no sabe quien lo atendió en Bogotá; que tampoco sabe las razones por las cuales la señora Teresa no lo atendió en Bogotá; que los veía en la residencia de la señora Teresa.

Leonor Robayo Pinzón, dijo ser vecina de la señora Teresa desde el año 2010 y hasta la fecha de su declaración se mantiene tal situación; que conocía al señor Hernando desde antes que llegaran a Turmequé, porque él tenía una finca antes del 2010; que, *“Él tenía sus negocios y pasaba los fines de semana en Turmequé.”*; que no sabe quien cuidó al señor Elías en su convalecencia en Bogotá, que la señora Teresa viajaba a Bogotá; que *“la relación de convivencia, como pareja, era porque salían juntos, nosotros le vendíamos la leche, la misa, el mercado, los dos andaban juntos. Ellos hacían las compras juntos, se trataban cariñosamente”*; que salían a tomar tinto en pijama; no sabe quien pagaba las cuentas del hogar, ni quien sufragó los gastos fúnebres y desconoce a quien presentaba el señor Hernando como su esposa; que no tenía conocimiento si la pareja vivía en forma continua.

La señora Teresa Murcia a la hora de indagársele sobre su convivencia con el señor Elías informó que en el año 1994 lo conoció; que empezaron a tener una relación hasta el 2008, cuando se separaron y después de un año, reanudaron su relación; respecto a la convivencia en la ciudad de Bogotá de 1994 al 2008 informó que, *“...en los Alcázares y en Suba, teníamos, él tenía la casa acá en los Alcázares, entonces yo venía y me quedaba en los Alcázares, estábamos en los Alcázares yo iba a trabajar, venía y a veces él se iba y se quedaba en Suba en el Apartamento. Estuvimos los dos acá”*; posteriormente informó que *“...nosotros casi continuamente, nos quedábamos en la casa o nos quedábamos en el apartamento, pero convivíamos los dos, íbamos a los paseos los dos, íbamos a la finca de Suba los dos...”*; que compraron una casa y tres lotes en Turmequé, pero cuando se terminaron su relación en 2008 legalizaron la separación de los bienes *“porque estábamos que nos matábamos los dos”*;



adicionalmente señaló que, *“Él también tenía muchos períodos de irse para Ubaté, a negocios, él tenía negocios en Ubaté, tenía una finca en Ubaté y él viajaba mucho a Ubaté y duraba tiempo en Ubaté”; se reconciliaron en 2010, “pues yo estaba en Turmequé viviendo, llegue como unos mesecitos antes, del 2010, llegó y me dijo, Teresa, dejemos de bobear, con tantas boberías entre los dos, si nosotros los dos nos queremos, ah bueno listo, yo como lo quería tanto”.*

Que, *“empezamos a convivir los dos, la pasamos muy rico, felices, compartíamos para todas partes, salíamos y de ahí que todo el pueblo de Turmequé me tenían como la esposa de él, la compañera de él, porque para todas partes íbamos con él, salíamos”.*

En cuanto a la atención y ayuda durante la convalecencia del señor Elías, indicó que *“aquí a Bogotá, yo casi nunca vine, los hijos estuvieron pendiente de los médicos, porque yo no venía, yo tenía ciertas cosas contra ellos y yo no quería ninguna relación con ellos”;* respecto al acompañamiento a los controles en la ciudad de Bogotá, informó que, *“No lo acompañaba a Bogotá”;* cuando este fue trasladado de Turmequé a Bogotá, debido a que su estado de salud se complicó, ella *“iba 2 veces a la semana a Bogotá”;* por otro lado señaló que, la señora Lilia le hizo la vida imposible a la señora contratada para atenderlo y cuando una vez fue, la que lo estaba atendiendo directamente era la cónyuge y que él duró aproximadamente 2 meses o 2 meses y medio viviendo en Bogotá.

Cuando se le indagó el motivo por el cual no había acompañado a su compañero cuando la situación médica se complicó dijo que *“Porque realmente, yo estaba en mi casa y él estaba a donde Elías Hernando y ahí estaba al final la señora Lilia”;* agregando que, *“ellos no permitieron, ellos ya me fueron sacando; pues yo realmente, no quería molestarlo a él, porque él estaba entre la espada y la pared, estaba conmigo o estaba con ellos y para que lo iba a mortificar”;* que los trámites exequiales fueron realizados por Elías Hernando, hijo del señor Elías y posteriormente informó;

“... Le comento desde el 22 cuando murió él. Hernando estuvo en Turmequé el lunes, el martes siguiente, fue Elías Hernando y Hernando a la casa, estuvieron hablando que yo de una empecé a llorarle a Hernando, y a contarle lo que estaba



pasando y Hernando me decía mi amor no se angustie, no se preocupe. Luego lo llevaron, no lo dejaron en la casa, esa noche se quedó donde la hermana.

Lo llevaron donde un médico por allá a Duitama, volvió del médico, volvieron por la noche a mi casa y el miércoles tenía que venir a Bogotá, porque era el cumpleaños de una hermana, yo le dije a Hernando yo me madrugo para Bogotá, porque esta de cumpleaños Esther, entonces, él me dijo, no se vaya amor, yo la llevo, y Elías Hernando y él me trajeron de allá a las 5 de la mañana, salimos de Turmequé ese 22, no, ese miércoles.

El jueves llamé, yo hablaba todos los días con él, el jueves llamé y hablé con él, el viernes me llamó él y hablé con él, el sábado llamé, contestó Elías Hernando, el domingo, lo llamé, contestó Elías Hernando, el lunes no lo llamé, el martes lo llamé, Elías Hernando me dijo, mi papá está como malito, el miércoles cuando yo llegue, le dije Elías Hernando estoy acá en Bogotá, entonces, llegó y me dijo, no lo que pasa es que mi papá anoche estuvo como malito y está jadeando y está llorando, y ahorita está dormido, entonces, le dije déjelo dormir y yo mañana temprano llego donde él. A las 4 de la tarde, Elías Hernando me puso un whatsapp mi papá se agravó está en la clínica, lo llevamos a la clínica, hasta ahí supe, a las 7 de la noche, yo estaba en la casa, aquí en Bogotá, cuando una amiga me llamó, una pariente me llamó, me dijo, Teresa se murió Hernando, para mí fue muy duro porque no lo pude ver...”

Llama la atención de esta Sala de Decisión, varias situaciones, las cuales se pasarán a estudiar en forma pormenorizada,

En primer término, que en la investigación administrativa la señora Murcia indicó no tener “conocimiento de la dirección donde vivía el causante”, situación es que de vital relevancia, dado que, si consideraba que él era su compañero sentimental, era apenas lógico que supiera el lugar en donde se estaba quedando y en el trámite litigioso indicó que, venía dos veces a la semana a Bogotá para visitar al señor Villamarín.

En segundo lugar, que a pesar de que el señor Elías Villamarín se encontraba con un estado de salud delicado y en tratamiento permanente desde el año 2013, la demandante fue enfática en señalar que no lo acompañaba a la ciudad de Bogotá a realizarse sus controles; argumentando su no comparecencia en que sus hijos se encontraban pendiente de ello en esta ciudad.

La anterior manifestación, se corrobora con la Historia Médica del *de cuius*, en la que aparece registrada su asistencia a sendos controles médicos con la novia “Ruth Mateus” el 23 de octubre de 2013 en donde



además, informó que era separado, con dos hijos; y que ella lo acompañó también, el 13 de diciembre de 2013; 24 de enero de 2014; 11 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014; 9 de mayo de 2014, 10 de junio de 2014; el 9 de julio de 2014, el 11 de agosto de 2014; indicándose como domicilio la ciudad de Bogotá (fl. 211; 213; 215; 219; 232; 235; 237; 244; 247; expediente digital denominado 02 Cuaderno Juzgado séptimo laboral).

Que en otras ocasiones, la señora María Evelia, hermana del señor Villamarín lo acompañó a las enunciadas citas; el 5 de septiembre de 2014; 9 de octubre de 2014; el 12 de marzo de 2015; 14 de mayo de 2015; el 11 de junio de 2015; 17 de septiembre de 2015, 22 de octubre de 2015 ya que así quedó registrado en su historia médica (fl. 249; 251; 266; 269; 279; 282; 288)

El 7 de noviembre de 2014; el 11 de diciembre de 2014; lo acompañó a la cita de control, su “*CONYUGE*” (fl. 254, 257; 02 Cuaderno Juzgado). A su turno, el hijo Elías también asistió con su progenitor a controles médicos, el 16 de enero; 12 de febrero; 17 de julio; 13 de agosto de 2015 (fl. 259; 262; 272; 276).

Para resolver la dicotomía, frente a la convivencia en pareja, se debe traer tal lo decantado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia – Sala Labora, en diversos pronunciamientos, tales como, CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, reiterada en sentencia SL1399-2018 del 25 de abril de 2018, Magistrada Ponente, Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde se ha expuesto que, la convivencia en pareja, es,

“...comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado...”.



Así las cosas, para esta Colegiatura es claro que a pesar de haberse efectuado una unión marital de hecho entre el señor Elías Villamarín y Teresa Murcia ante el Notario 2 de la ciudad de Tunja – Boyacá, el 13 de julio de 2017, en la que informaron vivir bajo el mismo techo desde el 1 de marzo de 2010, lo cierto es que, de las declaraciones recepcionadas, se itera, en el trámite administrativo adelantado por Colpensiones y ante el juzgado de conocimiento, y las pruebas documentales enunciadas en forma precedente, no se puede colegir sin asomo de duda, que entre la pareja haya existido una comunidad de vida, por las siguientes razones;

Durante el tratamiento médico del señor Elías, la señora Teresa Murcia, no prestó una asistencia solidaria y un acompañamiento al fallecido pensionado, a la hora de comparecer a los controles médicos, ya que la historia médica allegada del año 2003 al 2005, dan cuenta del acompañamiento de diversas personas pero ella no.

Por otro lado, la señora González de Rodríguez y Hernández, a pesar de indicar que los señores Murcia-Villamarín tenían una relación de pareja, también señalaron que, los dos vivían en casas diferentes, demostrándose con ello, que no había un proyecto de vida en pareja entre ellos.

En cuanto a la declaración del señor Muñoz Tovar, este es conteste en decir que la pareja vivía juntos, pero a la hora de indagársele sobre situaciones apenas elementales de saber, como la enfermedad que sufría el señor Villamarín, manifestó que solo se enteró que este padecía cáncer cuando ya él había fallecido; en cuanto a los viajes que hacía el señor Elías, informó que no sabía de ello, a pesar que, en este punto, hasta la misma señora Murcia en forma espontánea señaló que el señor Elías viajaba mucho y se quedaba por períodos de tiempo fuera del Municipio de Turmequé; situación que deja entrever que el testigo, no



es creíble y en tal sentido, en manera alguna resuelve los interrogantes planteados, máxime si se tiene en cuenta que el deponente indicó que, veía a la pareja diariamente y que ingresaba al domicilio de la pareja a tomar tinto, dejando entrever una aparente confianza para hablar y ello aún más, al informar que don Hernando le había comentado y mostrado la Escritura realizada con doña Teresa respecto a la declaración de unión marital de hecho, situaciones aún más privadas de conocer y publicar. También manifestó el testigo, que no le constaba sobre una posible separación de la pareja.

Por lo que, al desconocer situaciones precisas, no se da certeza a esta Colegiatura, sobre la posible convivencia de la pareja, sino en aspectos específicos y convenientes a la demandante, en tal sentido no se verifica una imparcialidad del testigo, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 211 del estatuto procesal.

En cuanto a las declaraciones de los señores Patricia Díaz Mendoza y Pablo Garzón, debe señalarse que, estos indicaron que los veían como pareja, salir a hacer mercado; que no saben quien atendió al señor Villamarín en Bogotá, no conocieron al hijo del pensionado; en cuanto a la convivencia no informaron ni dieron certeza de ello.

Si bien el señor Hernando Elías Villamarín es sucesor procesal de la señora, Lilia, y por ende tiene interés en las resultas del proceso, su declaración es verosímil y despeja dudas frente a la convivencia de su padre con la señora Murcia, en el sentido de indicar que, la conoció en el año 94 o 95; sin embargo, que su padre, era “*inquieto*” y tenía varias relaciones sentimentales a la vez; que “*Con Teresa, tenían, era una relación de una amistad, cordialidad, de pareja, al final de la vida me contó muchas cosas, pero también era muy tortuoso para él, cuando ella dice que en 2008 se querían matar, él era respetuoso y decente, pero mi hermana fue a rescatarlo porque la señora Teresa lo había encontrado con una amiga, que había llevado a Turmequé y ella estaba muy molesta; pero él nunca fue violento*”; concluyendo que, “*Él vivió en su casa, solo, yo pienso*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que, ella le pasaba el desayuno y el almuerzo pero convivir como una pareja, se dice se amaron...”.

Respecto a la convivencia de su padre y otra persona señaló, que debido a sus múltiples relaciones sentimentales, él en ocasiones no sabía con quien estaba andando; que la señora Ruth Mateus mantuvo una relación en el año 2010 con su padre, y consecuencia de ello, adquirieron un apartamento y un automóvil, situación que se corrobora con la documental acopiada a folio 138 y 172 del cuaderno del Juzgado 7 Laboral, en la que se allegó copia de la Escritura Pública No. 12945 del 3 de noviembre de 2010 en el que, la enunciada pareja adquirió un apartamento en la ciudad de Bogotá y con copia del certificado de tradición de un vehículo automotor, modelo 2014 y del cual ellos, eran los únicos propietarios y se confirma con el acompañamiento realizado por la enunciada señora al médico cuando su pareja se dirigía a los controles médicos.

Tampoco se pasó inadvertido que, la hermana del fallecido, señora María Santos Villamarín de Guerrero, en forma jocosa indicó que, la señora Lilia y su hermano tenían peleas *“porque mi hermano era muy mujeriego y siempre “las viejas lo perseguían”*”; que su hermano cuando iba a Turmequé iba y se quedaba en su casa; que estaba pendiente de su cónyuge, se hablaban y le enviaba cosas; que su hermano estuvo viviendo un tiempo en Ubaté con su hija; que en algunas ocasiones le *“llegaba a veces con mujeres pero ella no las recibía en la casa”*, concluyendo que su hermano vivía en su casa y la señora Teresa frente a la casa de este.

Por otro lado, la señora María Santos acompañó también a su hermano a algunas citas médicas a Bogotá y se iban desde Turmequé los dos a los enunciados controles.

Colofón de lo anterior, llama poderosamente la atención de esta Sala, que en la declaración efectuada ante el Juzgado Séptimo Laboral del



Círculo, la señora Murcia en forma espontánea señaló que, una vez informada de la hospitalización de su presunto compañero, por parte del hijo del señor Elías, a las 4 de la tarde, y que este le indicara que se había agravado, y que lo había llevado a la clínica, ella no haya indagado y tampoco se hubiera dirigido al centro médico, de acuerdo a lo que le había exteriorizado su hijo respecto al estado de salud del señor Elías; máxime que este era su compañero de vida.

Por si fuera poco, una vez enterada del fallecimiento del señor Villamarin, la reacción esperada de una cónyuge o compañera permanente, era su comparecencia en la Clínica, pero ello no ocurrió, en vez de eso la demandante, volvió a Turmequé a traer ropa, sin hacerse cargo en forma absoluta de ningún trámite referente a su presunto compañero permanente, tanto en la clínica como en la funeraria, ni preocuparse en absoluto respecto a tal hecho, dejando recaer esta eventualidad a los hijos del señor Villamarin.

Luego entonces, del haz probatorio analizado y estudiado, se puede concluir que, entre el señor Elías Villamarin y la señora Teresa Murcia, existió una relación sentimental de novios, en la que se reunían para pasear, viajar, pero no hacían una comunidad de vida en pareja, forjada en la ayuda mutua, el apoyo y/o asistencia solidaria, así como tampoco un acompañamiento espiritual, situación que se corroboró en momentos tan difíciles como lo es, el padecimiento de la enfermedad del pensionado.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado, en cuanto a la no convivencia del señor Elías y la señora Teresa, pero por los argumentos esgrimidos en la presente providencia.

CONVIVENCIA ENTRE LILIA CASTAÑEDA Y ELIAS VILLAMARÍN



En lo que respecta a la convivencia de la señora Lilia Castañeda Samacá (q.e.p.d.), con el causante, se tiene que, el hijo de la pareja, en prueba decretada de oficio, informó que, sus progenitores convivieron desde el año de 1968 a 1987, que tuvieron dos hijos, incluido el sucesor procesal y en el año 1991 liquidaron la sociedad conyugal mediante Escritura Pública, debido a las diferentes relaciones que sostenía su padre con otras mujeres.

De acuerdo a la prueba documental, se puede corroborar que, los señores Elías Villamarín y Lilia Cárdenas, mantuvieron un vínculo matrimonial, prueba de ello, es el registro civil de matrimonio obrante a folio 18 del expediente digital, en el cual se constata que la pareja contrajo nupcias en la Parroquia San Luis Beltrán el 21 de diciembre de 1968 (02. Cuaderno Juzgado séptimo laboral).

Mediante Resolución SUB 126846 del 10 de mayo de 2018, en la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Lilia Castañeda (fl. 169- 01. Cuaderno Juzgado Pequeñas causas), la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones indicó que;

*“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Lilia Castañeda Samaca, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en el presente investigación administrativa.
Se estableció que el señor Elías Hernando Villamarin y la señora Lilia Castañeda Samaca convivieron desde el **21 de Diciembre de 1968 hasta el año 1985, fecha en que la pareja se separa** y hace liquidación de sociedad conyugal. Cabe resaltar que el causante falleció 22 de Noviembre 2017...”*
(Resaltado de la Sala).

En este aspecto, se da claridad a esta Sala de decisión que entre la pareja se mantuvo una relación de convivencia, entre el año de 1968 y en promedio del año 1985 y 1987, es decir, en el primer evento 17 años y en el segundo caso, 19 años, acreditándose en forma fehaciente la convivencia entre la enunciada pareja, en comunidad de vida, por espacio superior al requerido legalmente, y en sentido similar se ha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pronunciado nuestra H. Corte Justicia en reiterada jurisprudencia, entre estas últimas, la SL1707 del 2021, Magistrado Ponente, Doctor, Jorge Luis Quiroz Alemán;

“..Así, entonces, no se discute que la mencionada señora acreditó esa convivencia, en cualquier tiempo, con el difunto José Iván de Jesús Agudelo Álvarez (q.e.p.d), de modo que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de noviembre de 2014, fecha de defunción del pensionado (f.° 10, cdno. ppal.), en cuantía del 100% del valor que devengaba este en vida.

Lo anterior, por cuanto se comprueba con el registro civil de matrimonio (f.° 10 del cuaderno acumulado) que los referidos cónyuges contrajeron nupcias el 26 de abril de 1968, sin que exista disolución de la sociedad conyugal, fecha desde la cual se inició la convivencia, la que se mantuvo hasta 1985, es decir, por espacio de 17 años aproximadamente. Ello es así, pues se evidencia en el interrogatorio de parte absuelto por María Rubiela Patiño Arango, quien, sin embargo, calculó su convivencia por 14 años, aun cuando insistió en que la separación se produjo en 1985, en conjunto con lo dicho por el testigo Humberto Agudelo Sierra, cuñado del causante, el que aseguró que la convivencia pudo alcanzar los 20 años, lo que permite inferir, en uno u otro caso, que los 5 años de convivencia requeridos se encuentran suficientemente acreditados, situación que, además, no fue controvertida dentro del proceso...”

Luego entonces, en este aspecto, se concluye que incurrió en un dislate jurídico y probatorio la Juez de conocimiento, al no encontrar acreditada la convivencia entre esta pareja, ya que hasta la misma entidad de seguridad social en pensiones, aceptó tal situación a la hora de resolver el pedimento.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Con Escritura Pública No 3058 del 9 de octubre de 1991 Elias Hernando Villamarín Ramos y Lilia Castañeda Samacá liquidaron la sociedad conyugal surgida con ocasión del vínculo matrimonial celebrado por el rito católico el 21 de diciembre de 1968 (fl. 175 01. Cuaderno Juzgado Pequeñas causas).



Tal situación quedó registrada en el Registro Civil de Matrimonio de la pareja, como “*liquidación de la sociedad conyugal*” (fl. 24- 02. Cuaderno Juzgado séptimo laboral)

Consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal celebrada entre las partes, estos se declararon a paz y salvo por cualquier crédito, incremento o compensación, conviniendo que, los bienes y deudas que celebraran los firmantes, serían propiedad de cada uno de ellos y establecieron que “*a partir de la fecha del presente público instrumento los bienes y las deudas que cada uno de los cónyuges adquiriera por cualquier concepto, serán de su exclusiva propiedad y no formarán sociedad alguna...*”.

En tal sentido, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1399 del 25 de abril de 2018, SL5169 del 2019, las cuales ha sido reiteradas recientemente en sentencia SL 2248 del 9 de junio de 2021, en la que se indicó;

“..Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comentario le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).



Justamente, esa es la teleología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.

En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.

Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019).

Por ello, es totalmente desafortunado entender que el derecho no ampare a la cónyuge separada de hecho que concluyó su relación de convivencia de tal forma, que no tiene en su perspectiva continuar manteniendo lazos de afecto con su esposo.

De hecho, aun cuando el artículo 176 del Código Civil establece obligaciones a los cónyuges, entre aquellas no están las de mantener los «lazos afectivos», la «comunicación solidaria» y los «lazos familiares» hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

Precisamente, la no existencia de lazos de afecto frente a una persona con la que convivió, pero que por alguna circunstancia ya no forma parte de su vida, no puede convertirse en una causal para negar un derecho, máxime cuando la ley a cuya interpretación se apela para tal desconocimiento, no contempla ese requisito. Incluso si estableciera como exigencia tal paradigma decimonónico, que sería absolutamente contrario a los principios de igualdad y de equidad de género que establece nuestro ordenamiento constitucional, se haría más imperiosa la necesidad de su adecuación judicial a través de la interpretación para ampliar las categorías de protección a aquellas situaciones que no contempla la norma.



Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes», luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples fallos, entre otras, en las sentencias CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.

En el anterior contexto, sin lugar a dudas, el sentenciador de alzada se equivocó en la intelección que le dio a la norma prevista, que no en la conclusión fáctica a la que arribó, esto es, que Ana Leticia Cerón Victoria y su cónyuge José María Barrera Zúñiga, convivieron como pareja por espacio superior a 30 años, por lo que, sin que se hagan necesarias consideraciones adicionales, los cargos prosperan.” (Resaltado de la Sala.)

En el sub examine, se tiene que entre la pareja, se liquidó la sociedad conyugal pero no se materializó un divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonio católico, por lo que, hasta el momento del deceso del señor Villamarín, el vínculo matrimonial se encontraba vigente y en tal sentido, la cónyuge tiene derecho al reconocimiento prestacional al encontrarse acreditada la convivencia por un período igual o superior a los 5 años.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que, de acuerdo a la prueba testimonial recaudada, durante el vínculo matrimonial el señor Elías Villamarín mantuvo relaciones sentimentales con otras mujeres, y ello ocasionaba discusiones entre la pareja y llevó a la separación de esta, sin embargo, como lo señala la hermana del *de cuius*, él siempre estuvo pendiente de su cónyuge, le enviaba cosas y pasaba con ella y su familia las fechas especiales, demostrándose con ello, que el señor Elías sentía



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aprecio por su cónyuge y responsabilidad hacia ella, a nivel familiar y económico, y quien a pesar de los conflictos o diferencias, también lo acompañó en su convalecencia y de la cual no se divorció, a pesar de encontrarse separados por más de veinte años, manteniéndose el lazo matrimonial vigente hasta su deceso.

Tampoco se puede inadvertir que, la hermana del *de cuius*, también informó que, su cuñada lo acompañó durante los últimos meses de su vida, brindándole apoyo y ayuda en las citas médicas durante el tratamiento médico; a su turno, la misma señora Murcia, a la hora de rendir su interrogatorio, informó que la señora Lilia estuvo pendiente de su cónyuge durante los últimos meses de vida, así no los atara la relación de pareja; denotándose de esta manera que, a pesar de las circunstancias estos mantenían una relación amigable, de ayuda mutua en momentos cruciales y compartían fechas especiales para la familia.

MESADAS PENSIONALES

En consideración a que, en el presente trámite se encontró acreditada la convivencia entre la señora Lilia Castañeda Samacá y el señor Elías Villamarín, es procedente, reconocer la pensión de sobrevivientes a su favor, en forma completa, de acuerdo a lo dispuesto por nuestra H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL486 del 27 de enero de 2021, Magistrado Ponente, Doctor, Omar Ángel Mejía Amador.

“...No obstante lo anterior, frente al tema de la cuantía de la pensión de sobrevivientes, vale la pena recordar que esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de precisar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 permite advertir que la pensión de sobrevivientes, cuando una sola persona es la beneficiaria en el rango de cónyuge (o compañero o compañera permanente) supérstite, el derecho pensional le será reconocido en su totalidad o porcentaje sin atención al tiempo de convivencia, pero si hay una pluralidad de personas en tal condición, valga decir, cónyuge y compañero (a) permanente, esa porción, cuota o parte restante –del 100% si no hubiere hijos del causante o del 50% si los hubiere, se itera–, será dividida entre éstos y asignada en «proporción» al tiempo de convivencia que hubieren tenido con el causante, de otra forma no es posible fraccionar o distribuir la pensión (SCL 1890 - 2020)...”



Así las cosas, al encontrarse desvirtuada la convivencia con la señora Teresa Murcia, es viable, reconocer la pensión a favor de la señora Lilia Castañeda en forma completa, desde el 23 de noviembre de 2017 hasta el 13 de julio de 2019, fecha en la cual falleció la demandante, reconociendo a favor de los sucesores procesales de la enunciada señora, Pilar Liliana Villamarín Castañeda y Elías Hernando Villamarín Castañeda (fl. 347- 02. Cuaderno Juzgado séptimo),

De acuerdo a la condena impuesta, se fijará como valor del retroactivo causado a favor de los sucesores procesales, estableciéndose que las sumas a pagar por parte Colpensiones, son las siguientes;

Tabla Retroactivo PENSIONAL					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
23/11/17	31/12/17	5.75%	\$ 1,174,567.00	2.27	\$ 2,662,351.9
01/01/18	31/12/18	4.09%	\$ 1,222,607.00	14.00	\$ 17,116,498.0
01/01/19	13/07/19	3.18%	\$ 1,261,486.00	7.43	\$ 9,377,045.9
Total retroactivo					\$ 29,155,895.80

De las sumas de dinero reconocidas, deberá el ente de seguridad social realizar los descuentos atinentes al sistema de seguridad social en salud.

COSTAS

Las de primera instancia se revocan y en tal sentido, se ordenará al juez de conocimiento que proceda a fijar las agencias en derecho causadas a cargo de la señora, Teresa Murcia Robles y a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones y de Pilar Liliana Villamarín Castañeda y Elías Hernando Villamarín Castañeda, en calidad de sucesores procesales de la señora Lilia Castañeda Samacá.



En esta instancia las costas estarán a cargo de la señora, Teresa Murcia Robles y a favor de los señores, Pilar Liliana Villamarín Castañeda y Elías Hernando Villamarín Castañeda, en calidad de sucesores procesales de la señora Lilia Castañeda Samacá.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 14 de mayo de 2021, el cual fue remitido por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LILIA CASTAÑEDA SAMACA y TERESA MURCIA ROBLES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

SEGUNDO. DECLARAR que **LILIA CASTAÑEDA SAMACA**, en calidad de cónyuge del señor ELÍAS HERNANDO VILLAMARÍN RAMOS, tiene derecho al 100% de la pensión causada, en cuantía de \$1.174.567, a partir del 23 de noviembre de 2017, incluidas las mesadas causadas y reajustes de ley.

TERCERO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de los señores, **PILAR LILIANA VILLAMARÍN CASTAÑEDA y ELÍAS HERNANDO VILLAMARÍN CASTAÑEDA**, en calidad de sucesores procesales de la señora **LILIA CASTAÑEDA SAMACÁ**, la suma de **\$29.155.895, ⁸⁰**.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CUARTO. CONFIRMAR la sentencia apelada, en lo atinente a la absolución impartida respecto de las pretensiones incoadas por la señora **TERESA MURCIA ROBLES**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO. COSTAS. Se revocan las de primera instancia y se ordena que las mismas sean tasadas a cargo de Teresa Murcia Robles y a favor de los demás intervinientes en el litigio. En esta instancia las costas estarán a cargo de la señora, Teresa Murcia Robles y a favor de los señores, Pilar Liliana Villamarín Castañeda y Elías Hernando Villamarín Castañeda, en calidad de sucesores procesales de la señora Lilia Castañeda Samacá.

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)



AUTO DE PONENTE

se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la señora, Teresa Murcia Robles y a favor de Pilar Liliana Villamarín Castañeda y Elías Hernando Villamarín Castañeda, en calidad de sucesores procesales de la señora Lilia Castañeda Samacá, en la suma de \$100.000 pesos moneda corriente, para cada una de los sucesores enunciados.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **OLGA BEATRÍZ DÍAZ MENDOZA** contra la empresa **HALLIBURTON LATIN AMERICA ARL SUCURSAL COLOMBIA**.
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

SENTENCIA

DEMANDA: La señora OLGA BEATRIZ DÍAZ MENDOZA, solicita se declare la ineficacia del acta de conciliación celebrada el 23 de enero

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 1992 ante el Juzgado 5 Laboral del Circuito entre el causante y la demandada al conciliarse frente al derecho a la pensión; que no se cumplieron los requisitos de Ley; que existieron vicios del consentimiento; que se dispuso del derecho de los beneficiarios de la pensión; que el causante y la demandante convivieron hasta la fecha del deceso del señor Velasco; que procrearon dos hijos; que se condene a la demandada a restablecer el derecho de pensión de jubilación; que se condene al pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante como única beneficiaria de la prestación; que se indexe el monto de la mesada pensional y a pagar las mesadas retroactivas causadas; a pagar intereses moratorios; derechos ultra y extra petita; al pago de las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 11 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 8 de febrero de 1956; que el señor Bernabé Velasco compañero de la actora falleció el 8 de julio de 1995; que la pareja convivió por más de veinte años; que procrearon dos hijos, los cuales a la presente data son mayores de edad; el causante trabajó como celador y obrero de base para la compañía Geophysical Incorporated, fusionada y absorbida por Halliburton Company; que la empresa Halliburton Latin American S.A., reconoció y pagó una pensión de jubilación desde el año 1991, en cuantía inicial de \$336.004; que el causante fue citado ante el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá para conciliar sus mesadas futuras; el de cuius era analfabeta y desconocía las leyes laborales y fue obligado a suscribir la conciliación ante el Juez 5 Laboral del Circuito de Bogotá; que para conciliar el derecho de pensión contrató a la empresa Actuarios Asociados Wyatt, pero no se hizo cálculo actuarial de pensión sin el lleno de requisitos; que la causante está viciada de nulidad al haberse presionado, e inducido a error, en temor insuperable y reverenciado al ex trabajador; que el 8 de julio de 1995 falleció el señor Velasco; la actora solicitó la pensión de sobrevivientes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a la empresa convocada a juicio y tal prestación fue negada, alegándose la existencia de la conciliación; se instauró demanda ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá y allí se declaró probada la excepción mixta de cosa juzgada por la conciliación, la decisión no fue apelada y no se opone a la presente demanda; se solicitó restablecer el derecho pensional.

CONTESTACIÓN: La demandada, **HALLIBUTON LATIN AMERICA S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, dicha empresa no tuvo ningún vínculo contractual con el señor Velasco; que la conciliación celebrada en 1995 goza de validez al no encontrarse acompañada por algún vicio del consentimiento. Como **excepciones** de mérito o de fondo propuso las de falta de inexistencia de las obligaciones reclamadas; prescripción, cobro de lo no debido; enriquecimiento sin causa; buena fe, abuso del derecho y mala fe, cosa juzgada, pago, composición (FL 197).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de marzo de 2021, resolvió; **absolver** a la empresa Halliburton Latin America SRL Sucursal Colombia de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra; **declaró** probadas las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago y buena fe; **condenó** a la demandante al pago de costas, fijó como agencias la suma de \$50.000.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..En cuanto a la capacidad, como quiera que el acuerdo se realizó entre la sociedad Halliburton latino América S.A como ex empleadora y el señor Bernabé Velasco como ex empleado de la empresa y se pactaron únicamente derechos del ex trabajador y deberes de la ex empleadora, es por lo que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

despacho corrobora la capacidad de las parte para celebrar el acuerdo conciliatorio; en cuanto al segundo elemento el consentimiento excepto de vicios, de acuerdo con lo que obra en el expediente se desprende que los firmante manifestaron actuar de manera libre y voluntarias, adicionalmente en el expediente no se aportan medios probatorios que hicieran inferir a este juzgador que el consentimiento estuviera viciado, más allá de las interpretaciones que puedan hacer por vía de interpretación, como hace la Corte Suprema de Justicia, cuando señala que hay vicio en el consentimiento cuando hay ausencia de información, como sucede en las ineficacias de los traslados de régimen, y sin importar el tiempo de duración del mismo, pero en este caso no se demostró que la manifestación hubiera sido bajo ausencia de dicho requerimiento, más aún cuando esta la voluntad expresa manifestada en el documento que fue elevado y verificado por una autoridad judicial que lo halló en su momento ajustado a derecho; tres, que recaiga sobre un objeto lícito, el objeto es el derecho pensional del demandante Bernabé Velazco y como quiera que el desarrollo de la jurisprudencia de la sala laboral sobre el tema, el derecho a la pensión de jubilación surge cuando concurren las exigencias antes del cumplimiento de los requisitos solo tiene una expectativa, que en consecuencia por no configurar un derecho cierto e indiscutible es susceptible de conciliación, así lo dijo la sentencia 35713 del 22 de noviembre de 2011, reconociéndose entonces que no estaba causado el derecho; la conciliación entonces se efectuó sobre una mera expectativa es decir hubo un objeto lícito; cuarto que tenga una causa lícita.

Como quiera que la conciliación no contraría la ley ya que sobre la mera expectativa es posible conciliar, se tiene que en el acto hubo una causa lícita, como quedó demostrado a la luz de la jurisprudencia, no es posible establecer que el acta de conciliación resulte ineficaz o ilícita, adicionalmente y aun cuando la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, no allegó respuesta al derecho de petición del 12 de febrero de 2019, en donde la demandada solicitó copia emitida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público comunicando la aprobación del cálculo actuarial y de conformidad con la circular de Colpensiones, un cálculo actuarial es “la posibilidad de trasladar al sistema general de pensiones una reserva actuarial en la aquellos casos en la que el empleador omitió el deber de afiliar a sus trabajadores, con este cálculo se pretende que esas semanas se contabilicen para todos los efectos prestacionales, inclusive si estas corresponden a periodos anteriores a la vigencia del referido sistema, dice el correo de Colpensiones. Este despacho observa que con el documento de folio 48 a 54, que la firma de actuarios realizo un cálculo en el cual la sociedad demandada debería realizar una reserva matemática para cada ex trabajador, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada uno, como por ejemplo la mortalidad, la tasa de interés, renta por post mortem, códigos de sexo y estado civil y municipio de trabajo y que lo anterior fue revisado por la autoridad judicial competente es decir, el juzgado quien laboral del circuito de Bogotá, quien dio fe del cumplimiento de las especificaciones considerada por la parte actora para instaurar su demanda es decir, primero la celebración de un pacto por escrito, segundo la presentación del cálculo actuarial y tercero la aprobación del mismo por el ministerio de trabajo o el instituto de Seguros Sociales....” (52:00)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, y antes de sustentar el mismo precisó que la demanda había sido contestada en forma extemporánea; que el señor Bernabé ya tenía un derecho pensional consolidado al encontrarse disfrutando de la pensión cuando realizó la conciliación y por tanto no se podían conciliar derechos ciertos e irrenunciables; que no se cumplió lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994 al realizar la reserva matemática debió someterse a la aprobación y ello no se hizo; con el testimonio del señor Juan, se acredita que sí hubo vicio del consentimiento, ya que él no pudo manifestar ni elaborar la conciliación por no tener el conocimiento sobre estos temas; que el derecho pensional no se traslada del pensionado a sus beneficiarios sino hasta su deceso y esta también es una causa ilícita; que existió vicio del consentimiento al indicársele que la empresa se iba del país y ello no ocurrió.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se pronunció únicamente la empresa convocada a juicio, indicando lo siguiente;

El apoderado de la empresa **HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que, no existieron vicios del consentimiento a la hora de suscribir el acta de conciliación ante el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá; que el acuerdo conciliatorio se encuentra suscrito también por la aquí demandante en forma libre, voluntaria y espontánea; que al *de cujus* se le reconoció y pagó la suma de \$76.373.229 por concepto de mesadas futuras y dicho valor fue obtenido después de realizar un cálculo actuarial aprobado por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Instituto de Seguros Sociales; que ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, se adelantó proceso similar, en el que, se declaró probada la excepción previa de cosa juzgada; en lo atinente a la contestación de la demanda, estima que la misma fue presentada dentro del término legal; que Colpensiones no ha dado respuesta a la solicitud de expedición del cálculo actuarial, a pesar de haberse radicado derecho de petición; tutela y consecuencia de ello, incidente de desacato.

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 los pedimentos demandatorios y los fundamentos expuestos por el demandante en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme al artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver en la Litis, el establecer si la conciliación celebrada entre el señor Bernabé Velasco y la empresa HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A., el 23 de enero de 1995 es nula por presentarse vicios del consentimiento y por comprender derechos ciertos e indiscutibles, como la pensión.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Alega en esta instancia el apoderado de la parte actora que la demanda fue contestada en forma extemporánea por la empresa Halliburton Latin América ARL Sucursal Colombia, debe precisarse que esta no es la oportunidad procesal para alegar tal situación, dado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que, dicha oposición o inconformidad debió exteriorizarla una vez se notificó el auto que dio por contestada la demanda de la convocada a juicio el 24 de julio de 2019 (fl. 413 archivo digital).

Así las cosas conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del estatuto procesal, los términos son perentorios e improrrogables y, al guardar silencio frente a la posible no contestación en término de la demanda, avaló y aceptó tal situación, no pudiéndose en esta instancia pretender que se retrotraigan las actuaciones procesales, ya fenecidas.

En tal sentido, este punto, no es debatible ni atacable en este estadio procesal al convalidarse la actuación con el silencio guardado.

DE LA NULIDAD DEL ACTA DE CONCILIACION

Afirma el apoderado de la demandante, que el acta de conciliación celebrada el 23 de enero de 1995, fue suscrita con el apoderado de la empresa convocada a juicio, Jorge Rodríguez Rojas, adicionalmente, que dicho acto comprende derechos ciertos e indiscutibles, como lo es la pensión de vejez y adicional a ello, vicios del consentimiento, al suscribirse con miedo al retiro o partida de la empresa empleadora del país.

En efecto, a folios 111 del expediente digital fue acopiada copia del acta de conciliación celebrada entre el señor Bernabé Velasco y la empresa Halliburton Latin América S.A., la cual, como bien lo señala el A quo fue incorporada en forma incompleta, es decir solo hasta la firma de la Juez 5 Laboral del Circuito de Bogotá; sin embargo, la demandada a la hora de contestar la demanda allegó copia del enunciado escrito a folio 337, en forma completa, por lo que, se dará validez a este último documento, máxime que, en el documento



faltante se encontraba la firma de los intervinientes en la correspondiente diligencia.

Ahora bien, en lo atinente a los vicios del consentimiento que pudieron presentarse en la diligencia de conciliación, se procederá a valorar las pruebas acopiadas al haz probatorio, no sin antes advertir que, alega la demandante que, la pensión de jubilación ya se encontraba reconocida por la convocada a juicio y por tanto la misma ya estaba causada a favor del *de cuius*, por lo que, en un primer momento, se deberá indicar que, ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, se adelantó proceso identificado con el número 2012-00454, en el que, fungieron como partes las mismas que en el presente litigio.

Que en audiencia celebrada el 17 de abril de 2013, del enunciado proceso se indicó *“Ahora en cuanto a la excepción previa de “COSA JUZGADA” Este Despacho entra a estudiar la Conciliación de la cual se predica la cosa juzgada, en primer lugar hace notar que en la demanda en ningún lado ni en los hechos pretensiones o fundamentos se solicito que se declarara la ineficacia de la conciliación predicando los vicios del consentimiento en ella, solo se dijo que se pretendía se declarar la ineficacia por tratarse de derechos ciertos e indiscutibles, adicionalmente del material probatorio aportado como es la conciliación esta se encuentra firmada por Bernabé Velazco (q.e.p.d.) y por la aquí demandante Olga Beatriz Díaz Mendoza, documentos que gozan de presunción legal ver folios 99, dicho texto es de tanta claridad que resulta inútil buscar otro tipo de significado al que el en si mismo expresa, no hay duda de la existencia del acuerdo entre las partes y de la real entrega del dinero conciliado, la conciliación es un procedimiento independiente encaminado a buscar un arreglo amigable entre las partes, lo que demuestra la autonomía de las voluntades de las partes y en este acuerdo no puede ser ignorado sino es por acuerdo mutuo entre las partes o por causas legales las cuales no fueron demostrados según lo aquí tratado, por todo lo anterior SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN PROPUESTA LA QUE FUE CONSAGRADA EN NUESTRA NORMATIVIDAD COSA JUZGADA”* (fl. 139).

Así las cosas, en lo tocante a los derechos ciertos e indiscutibles, debe precisarse que tal aspecto fue dilucidado ante el Juzgado 30 Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del Circuito de Bogotá, al resolverse la excepción propuesta por la empresa Halliburton y frente a la cual no fue propuesto recurso alguno, luego entonces, tal aspecto, ya fue zanjado en otra contienda y no es posible adentrarse en ese estudio en el sub lite, al pesar sobre dicha actuación cosa juzgada, de ahí que la Sala se releve del estudio de este ítem, pues las mismas se encuentran cobijadas por dicho fenómeno.

Ahora bien, en lo atinente a los vicios del consentimiento, deberá esta Sala de Decisión remitirse a las pruebas recaudadas, durante el decurso procesal.

Tiene la Sala que, el señor Juan Morales, compañero del occiso indicó que, *“se realizó en el juzgado laboral ahí firmamos la conciliación y ahí aceptamos y firmamos ya la empresa después nos envió los cheques”*; que una vez fue conocido que la empresa se iba a ir de Colombia *“...Se fusiono la compañía Halliburton a Geoservice, nos llamaron que era la hora de que la compañía, por eso vino la inquietud de todo el mundo de que se iba, para el caso mío fui a la oficina de trabajo, hice la consulta y me dijeron que no había problema que lo hiciera que era una compañía seria y que en el caso de que ellos se fueran de Colombia la cancillería respondía por estas cosas por eso acepte firmar la correspondiente conciliación que nos ofreció en ese tiempo la compañía Halliburton”*, indicándole al unísono que fueron más de 70 compañeros los que tenían programada la diligencia y que no supo del caso del señor Bernabé, porque cada uno iba a la oficina y hacia sus firmas y demás cosas en forma individual.

Tanto Jesica Paola como Luis Adolfo Velasco, hijos de Bernabé y Olga, no dieron información atinente a la conciliación realizada por su progenitor, dado que para la época de suscripción del documento no se enteraban de muchas cosas de la pareja.

A su turno, Jaime Alonso Ramírez manifestó no saber nada respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se celebró la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

conciliación entre el señor Velasco y la empresa convocada a juicio, ya que para dicha época no se conocían.

En lo tocante a la declaración del señor John Alexander Arenas, este solo hizo alusión a la convivencia de la pareja conformada por el señor Velasco y la señora Olga.

La demandante, señor Olga Díaz en su oportunidad señaló que, *“Si señor, cuando a él lo llamaron a conciliaciones a él le dieron una plata y con esa plata se compró, ah, porque ellos lo llamaron a negociar porque se iban del país, por eso tenían que tomar dos decisiones o cogían lo que le iban a dar o perdían todo porque la empresa Halliburton salía del país y el me lo consultó, me dijo toca recibir lo que ellos me van a dar, o si no perdemos todo porque ellos se van del país, y yo le dije entonces mijo coja lo que le vayan a dar y con esa plata se compró la casa donde vivimos en Funza Cundinamarca y alcanzo para darle estudio a nuestros dos hijos, Yesid Paola Velazco Díaz y Luis Adolfo Velazco Díaz, siempre he vivido con mis hijos, nunca me he separado de ellos, siempre hemos vividos toditos ahí en la casa, hasta ahora por la pandemia me encuentro acá porque estoy muy enferma.”*; que su compañero no era estudiado, no sabía leer y que *“él cogió lo que le dieron...”*; que había recibido \$75.000.000, en el año 1995.

Respecto a la suscripción del alegado documento informó que, *“hasta que yo tengo uso de razón nunca lo acompañe a él, ni a recibir ni afirmar nada, nada, él fue y me lo consulto en la casa y me dijo, mija que hago y yo le dije, con esas palabras que se van del país coja lo que le quieren dar porque no tenemos casa en que vivir, yo le conteste a él así, y el, porque cuando él lo llamaron el no cogió ese cheque, él lo cogió como a los dos días que él me lo consulto, y yo le dije que lo cogiera porque no teníamos donde vivir, yo nunca lo he acompañado a ningún juzgado ni a ninguna notaria, a ninguna parte”*; al reiterarse la pregunta, sobre la firma estampada en la conciliación indicó que, *“no señor yo no firmo así, muy parecida a esa, pero yo no firmo así, la de don Bernabé si es esa él si firmaba así.”*; que con el dinero *“...compramos la casa de Funza, que la tenemos y se dejó para el sustento, para la enfermedad de él, fue muy mal atendido de Halliburton una atención muy mala”*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De las exposiciones señaladas, no sobra indicar, que la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que para que una conciliación pierda validez, se debe demostrar la existencia de un vicio del consentimiento. Así lo indicó la alta Corporación, en sentencia 44399 del 17 de febrero de 2016, MP: Rigoberto Echeverri Bueno, al enseñar:

“Al respecto, debe recordar la Sala que la conciliación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, dos o más personas solucionan por sí mismas sus controversias, bajo la supervisión de un tercero neutral y calificado. Es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica en donde su consentimiento y voluntad están encaminados a dar por terminado un conflicto existente o eventual. Con relación a los efectos de la conciliación, la jurisprudencia ha enseñado que, por tratarse de un negocio jurídico en el que se verifica un acuerdo de voluntades, que además es supervisado por un tercero calificado, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Es por ello que el acta de conciliación tiene los mismos efectos de una sentencia judicial.

En ese orden de ideas, se puede concluir que, para que una conciliación pierda validez, se debe demostrar que existió algún vicio del consentimiento de alguna de las partes, a saber: error, fuerza o dolo, o que tiene objeto ilícito.”

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que la demandante no demostró que la conciliación aludida, estuviera revestida de algún tipo de vicio del consentimiento, esto es, error, fuerza, dolo.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia objeto de apelación, en el sentido de absolver a la demandada, de las pretensiones atinentes a la nulidad del acta de conciliación por vicios del consentimiento y como las demás pretensiones dependían de la decisión que se adoptara frente a la nulidad del acuerdo conciliatorio, las mismas tampoco saldrán avante.

COSTAS: En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **OLGA BEATRÍZ DÍAZ MENDOZA** contra la empresa **HALLIBURTON LATIN AMÉRICA ARL SUCURSAL COLOMBIA**.

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante, señora, Olga Beatriz Díaz Mendoza y a favor de la empresa Halliburton Latin America ARL Sucursal Colombia en la suma de \$100.000 pesos moneda corriente.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ ROBERTO JUNCO VARGAS** contra **HENRY RUEDA MÉNDEZ Y NIDIA CONSUELO RUIZ VARGAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

El apoderado de la parte demandante, incoó recurso de reposición y subsidiario el de apelación contra el auto de fecha 9 de marzo de 2021, por medio del cual se negó el decreto de medidas cautelares, el primero de ellos, fue presentado en forma extemporánea y en tal

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

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

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

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



sentido fue rechazado por el juez de conocimiento, consecuencia de ello, se concedió la alzada, para que esta Colegiatura resuelva lo referente al mismo.

Alega el apoderado de la parte actora, que el artículo 85 A del CPL se aplica antes de que se profiera sentencia; que, al encontrarse en firme la sentencia contra Nidia Consuelo Ruíz, es viable decretar la cautela pretendida contra ella; que al no existir ninguna norma en el Código Procesal del Trabajo que regule lo referente al cobro ejecutivo de la sentencia, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 323 y 590 del estatuto procesal.

Conforme a los argumentos esgrimidos por el profesional, debe indicar esta Colegiatura, en primer término que, la normatividad laboral, en el Capítulo XVI, referente a procedimientos especiales, establece el trámite ejecutivo en los procesos laborales, indicando en su artículo 100 “...**Procedimiento de la ejecución.** *Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme...*”

Ahora bien, el artículo 85 A, regula el decreto de medidas cautelares cuando se encuentra en curso un trámite ordinario, y se encuentra acreditado que el demandado está realizando actos tendientes a insolventarse, en estos casos, se puede imponer o fijar una caución a cargo del convocado a juicio con el fin de evitar que se cause un perjuicio al demandante, sin embargo, en el sub lite el demandante no allegó o acreditó tal situación; adicionalmente, debe aclararse que dicha normativa, no indica de ninguna manera que la solicitud debe incoarse antes de proferirse la sentencia, sino que, en el curso del “juicio ordinario”, entendiéndose de esta manera, que tal pedimento es



viable, si se acreditan todos los presupuestos legales para decretar la medida cautelar, en el curso del trámite ordinario.

De acuerdo a lo expuesto, el apoderado de la parte actora, no probó sumariamente que la demandada se encuentre ejerciendo este tipo de actuaciones, con el fin de defraudar o desconocer los derechos que se pudieron reconocer a favor del demandante, así las cosas, en este aspecto, se negará el recurso impetrado.

En lo atinente a la solicitud de ejecución de la sentencia, al considerar el demandante que esta se encuentra en firme frente a la demandada Nidia Consuelo Ruíz, debe precisarse que, una sentencia queda en firme, una vez se han resuelto los reparos incoados en su contra, en el *sub examine*, el aquí recurrente, presentó recurso de apelación parcial respecto a la sentencia, lo que impide que se ejecute la sentencia, al no encontrarse en firme.

Por otro lado, debe recordarse que el artículo 302 del Código General del Proceso establece “*Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos*”, así las cosas, el proceso objeto de revisión, aún no se encuentra en firme y por ello, no es viable ejecutar la sentencia proferida en primera instancia.

Respecto a la aplicación del artículo 590 del estatuto procesal, el doctor Gerardo Botero Zuluaga, señaló que “*..Las medidas cautelares en los procesos declarativos a que aluden los artículos 590 y siguientes del Código General del Proceso, no son procedentes en el procedimiento laboral, por cuanto nuestra codificación tiene una regulación especial para el efecto, como es el artículo 37 de la Ley 712 de 2001, que creó una nueva norma en nuestro estatuto, esto es el artículo 85 A y que textualmente dispone... La*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anterior normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-379 de 2004. En consecuencia, como no existe ningún vacío que llenar a ese respecto, es improcedente acudir aquella preceptiva por no cumplirse las exigencias del artículo 145 del C.P.L y de la S.S. en concordancia con el artículo 1° del C.G. del P.”²

Respecto a este punto, en el boletín de prensa No. 022 del 26 de febrero de 2021, la Corte Constitucional, condiciona la aplicación del artículo 590 CGP, única y exclusivamente frente al literal “c”, del numeral 1, en lo atinente al decreto de medidas cautelares innominadas en procesos laborales.

Concluyéndose de esta manera, que las medidas cautelares en los procesos ordinarios laborales, se encuentran reglados en el artículo 85 A y por ello, no es viable acudir al estatuto procesal, al encontrarse norma expresa frente a este tipo de pedimento, como en el sub lite, se solicitó el embargo de inmuebles, la misma no corresponde a las medidas innominadas, por lo que habrá de negarse en este punto el recurso incoado.

Si bien se reclama la aplicación del artículo 323 del estatuto procesal, debe precisarse que, dicha normativa no es aplicable al procedimiento laboral, dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de nuestro procedimiento, las sentencias de primera instancia se remiten en efecto suspensivo, cuando son apeladas, es decir, que se suspende el curso del proceso hasta tanto se emita el correspondiente auto de obediencia del superior, sin hacer distinción o excepción alguna y menos aún frente a medidas cautelares.

Consecuencia de lo anterior, también se negará el recurso impetrado en este aspecto.

² BOTERO ZULUAGA Gerardo, “El Impacto del Código General del Proceso en el Estatuto Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social” 2ª edición, 2012, Editorial Ibañez, Pág. 141.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por las razones esgrimidas en forma precedente, se confirmará el auto del 9 de marzo de 2020, proferido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor José Roberto Junco Vargas solicita se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, para llevar a cabo procesos civiles y policivos a favor del señor Henry Rueda Méndez; que se adeudan honorarios profesionales por los trámites realizados en los procesos policivos 2015-00905 y 2015-00906; en el proceso declarativo verbal posesorio No. 2016-00029; proceso de pertenencia No. 2015-00345.

Como consecuencia de la declaratoria pretendida, se condene a Henry Rueda Méndez a pagar a favor del actor el 3% de lo reconocido y el cual fue estimado en cuantía de \$303.640.000; se condene al pago de intereses moratorios desde enero de 2015, fecha en que se debieron pagar los honorarios profesionales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 8 de las diligencias, que en síntesis advierten, que Henry Rueda Méndez era propietario de dos predios en Soacha – Cundinamarca; que la posesión de los enunciados predios la ostentaba el señor Hernando Benavides Murillo y quien alegó la prescripción adquisitiva de dominio; que el enunciado poseedor presentó querrela por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

perturbación; que en noviembre de 2015 el demandado contactó al abogado José Roberto Junco Vargas, para que hiciera estudio de procesos que ya estaban en trámite; que fueron presentadas acciones policivas, penales y civiles; quejas ante la Procuraduría y Contraloría de Soacha, Secretaria de Espacio Público y Gobierno de Soacha; que se realizó una transacción respecto a los predios objeto de posesión; que posterior a la resolución del problema de posesión que tenían los bienes, estos fueron vendidos; que no se pudo llegar a un acuerdo entre las partes por la actitud asumida por el demandado; que Henry Rueda pagó la suma de \$20.000.000 al abogado; que el valor estimado de los honorarios es la suma de \$303.640.000.

CONTESTACIÓN: El demandado, **HENRY RUEDA MENDEZ**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, entre las partes se celebraron contratos de corretaje con la inmobiliaria Nidia Consuelo Ruíz Vargas en 2015 y esta a su turno contrató los servicios del demandante; que se pactó como honorarios, el pago de la suma de \$450.000.000 y los mismos ya fueron cancelados. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de las obligaciones reclamadas; cobro de lo no debido; prescripción, pago, indebida integración del litisconsorcio; las que resulten probadas (fl. 101).

Con proveído del 26 de octubre de 2018, se ordenó integrar a la litis a la señora Nidia Consuelo Ruíz; y al no comparecer a notificarse del trámite, se procedió a designarle curador ad litem (fl. 159).

La curadora ad litem de Nidia Consuelo Ruíz, manifestó que se oponía a la prosperidad de las pretensiones y se atenía a lo probado en el transcurso del proceso. Como medios **exceptivos**, alegó la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prescripción y caducidad; cobro de lo no debido; inexistencia del derecho y la obligación; declaratoria de otras excepciones (fl. 192)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 26 de febrero de 2020, resolvió; **condenar** a la señora Nidia Consuelo Ruíz Vargas a pagar al demandante, José Roberto Junco Vargas, la suma de \$323.640.000 por concepto de honorarios profesionales más los intereses legales a partir del 23 de junio del año 2016 y hasta que se cancelen los mismos honorarios; **absolvió** al demandado Henry Rueda Méndez de todas las peticiones incoadas en su contra por el demandante; **condenó** en costas a la llamada en litis consorcio.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... Del análisis de las pruebas ya referidas en conjunto con las otras pruebas para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 60 y 61 del Procesal del Trabajo, esto es, con el interrogatorio de parte del demandado y el demandante, establece el despacho entonces, que el demandante José Roberto Junco Vargas efectivamente ejecutó las acciones judiciales y administrativas a favor del demandado pero ellas obedecieron no a una contratación directa del señor Henry Rueda, sino, en virtud a que pertenecía a la firma Cortes Asociados quien figuraba en el contrato de corretaje como ya lo advertimos, como abogado de confianza de la corredora Nidia Consuelo Ruíz Vargas, en este orden de ideas, no aparece acreditado para el despacho el elemento indispensable para extraer la existencia del contrato de mandato, esto es, la voluntad del demandado, toda vez que como quedó probado, el contrato fue suscrito con la corredora inmobiliaria quien contaba con el engranaje necesario para cumplir con dicha gestión, como el de representar judicial y administrativamente al señor Rueda Méndez, mediante la firma de abogados de su confianza, aspecto sobre el cual no tuvo ninguna injerencia el demandado, puesto que desde la firma del contrato se anunció del profesional del derecho que atendería los aspectos jurídicos, esto es, el aquí demandante, doctor Junco Vargas.

Las circunstancias que el accionado le hubiese firmado los poderes especiales que se aportaron al expediente, pues resulta ser un aspecto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

apenas lógico, pues sin ellos, no podía cumplirse la gestión que le encomendaron y que se había pactado tanto en el contrato de corretaje, como en el contrato de mandato, sin que ello implique que el señor Rueda Méndez hubiese convenido con el aquí demandante que lo representara en los diferentes o querellas.

La razón anterior, conduce al despacho a establecer que el demandado no adquirió ninguna obligación para con el demandante, toda vez que probado está que la gestión fue encomendada a la corredora inmobiliaria, Nidia Consuelo Ruiz Vargas, y fue ella, a quien le canceló los honorarios, según da cuenta el documento de folio 125 del expediente, son los cheques que están allí entregados, esos honorarios que fueron pactados en el contrato de mandato, como se puede ver a folio 119 del paginario.

Ahora bien, circunstancia diferente resulta del análisis frente a la señora Ruiz Vargas, toda vez que se encuentra probado y demostrado que con el demandado suscribieron el famoso contrato de corretaje y de mandato y que la gestión fue satisfactoria y que por la misma le fue cancelada la suma de \$492.000.000 como se acredita con las copias de los cheques obrantes a folio 185 del expediente, cumpliendo así el accionado, señor Rueda Méndez con su obligación de pagar por los servicios prestados” (28:26)

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpuso recurso de apelación únicamente del numeral segundo de la sentencia, al considerar que, entre Nidia Consuelo y Henry Rueda existió un contrato de mandato con representación, sin embargo, considera que el señor Henry Rueda está obligado solidariamente a pagar los honorarios a José Roberto Junco Vargas, ya que este fue el que se benefició del trabajo del abogado; que las obligaciones de terceros en ejercicio de un contrato de mandato es responsabilidad en primer término del mandante Henry Rueda y en segundo lugar a la mandataria, Nidia Ruiz al no pagar la obligación al cliente; que en el literal “e” del contrato de corretaje, se indica que el mandante imponía o manifestaba a qué persona prefería lo defendiera y que Nidia actuó como mandataria (32:26).



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de **Henry Rueda Méndez** solicitó se desestimara la apelación impetrada y se confirme la sentencia, argumentando para tal efecto que, no se logró probar la solidaridad alegada y pretende que esta sea reconocida; que la representación efectuada frente al señor Rueda no obedeció a un acuerdo entre ellos sino a una comisión que se pactó de manera directa con la apoderada especial Nidia Consuelo Ruíz Vargas y del cual confesó que habían llegado a un acuerdo con la enunciada señora y del cual no participó Rueda Méndez; que el demandante fue evasivo en el interrogatorio de parte y en tal sentido, se tuvo por confeso en algunos hechos de la demanda; que se había logrado demostrar que la corredora inmobiliaria fue quien contrató en forma directa los servicios del abogado Junco Vargas y entre ellos pactaron los honorarios del abogado; que quedó demostrado que él no suscribió ningún contrato de mandato con el demandante y por ello, éste no actuó en representación de su representado.

El apoderado del **demandante**, frente al auto objeto de reproche, señala que la sentencia se encuentra en firme frente a la señora Nidia Consuelo Ruiz, al no ser apelada por ella, consecuencia de ello, se puede presentar el cobro ejecutivo de la misma, con las consecuentes medidas cautelares y por ello, solicita se revoque el auto del 9 de marzo de 2021 y en su lugar se decreten las medidas cautelares solicitadas respecto a los bienes denunciados como propiedad de la señora Ruíz Vargas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En lo atinente a la sentencia, solicitó el apoderado de la parte actora se revocara el fallo de primera instancia, al considerar que, se desconoció el fenómeno de la solidaridad obligacional en una relación de mandato; que la demanda fue dirigida contra el directo responsable del contrato y por ello, el demandado suscribió poderes a favor del promotor del litigio y procedió a realizar un recuento del trámite procesal y administrativo adelantado por el abogado a favor del demandado; en su sentir el Juez no hizo una valoración conjunta de la prueba, desvirtuándose todos los principios que rigen el derecho procesal; que el corredor no necesariamente debe asumir los costos de la gestión judicial, ya que la obligación de este es poner en contacto a dos partes para que estos celebren un contrato, y es por ello que celebraron no se indica en forma alguna el valor de los honorarios causados y por ello, este es un contrato con representación; que se desconocieron los principios del derecho civil de responsabilidad contractual y solidaria, que en los mandatos no judiciales, el mandante y el mandatario responden frente a terceros en forma solidaria a no ser que se trate de un pacto de exclusión entre las partes o un mandato sin representación, evento en el cual es la parte la que pacta que las gestiones del mandatario son autónomas y no vinculan al mandante; que en materia laboral se aplica el artículo 34 del C.S. del T. con la solidaridad entre el dueño de la obra y el empleador frente al trabajador; que no existe ningún pacto entre la corredora y el dueño del servicio prestado que logre vincular al abogado; que el responsable del pago de los honorarios es el señor Henry Rueda pero aplicando los parámetros del artículo 34 CST y en forma solidaria a los litis consortes; que al vincularse al trámite a la señora Nidia Consuelo estructuró una responsabilidad entre los demandados, sin embargo excluyó y absolvió al directo responsable; que el apoderado ignoraba la existencia de los contratos de corretaje y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en tal sentido se debe revocar el fallo de primera instancia y en su lugar, se debe condenar a Henry Rueda Méndez a pagar la suma de \$323.643.000 como valor de los honorarios causados por las gestiones adelantadas por el abogado.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T, procede esta Sala de Decisión a determinar si es viable condenar a Henry Rueda Méndez en forma solidaria a pagar los honorarios causados y reconocidos a favor de José Roberto Junco Vargas.

DEL PRINCIPIO DE CONSONANCIA

El artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece que *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

De acuerdo al principio traído a colación, tenemos que, este es una garantía legal que tienen las partes, para incoar el recurso de apelación frente a las decisiones judiciales emitidas y con las que encuentran algún reparo, buscando por parte del superior jerárquico, obtener una decisión favorable a sus intereses, a la hora de estudiar los puntos objeto de reproche.



Ahora bien, este principio busca zanjar las diferencias que puede presentar el recurrente frente a la aplicación de una disposición legal, valiéndose para ello, de los recursos contemplados en el artículo 65 del Código Procesal Laboral.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de conocimiento después de admitir la demanda incoada por el abogado, José Roberto Junco Vargas contra Henry Rueda Méndez, decidió convocar a juicio como litis consorte a la señora Nidia Consuelo Ruíz.

Tramitado el proceso en legal forma, y una vez llegada la etapa de juzgamiento, contenida en el artículo 80 del Código Procesal del Trabajo, el A quo, como se indicó en forma precedente, ordenó el reconocimiento y pago de honorarios a favor del demandante y a cargo de la señora Nidia Consuelo Ruíz.

Para arribar a tal conclusión, estableció que, Rueda Méndez había pagado a la señora Ruíz, la suma de \$442.000.000, de acuerdo a la copia de los cheques acopiados a folio 125 del cartulario; y que el contrato de corretaje aportado había sido suscrito por el demandado y la enunciada señora, para adelantar el proceso de compraventa de inmuebles cuyo título se encontraba en cabeza del mandatario.

A pesar de haberse reconocido el derecho y ordenarse el pago de los honorarios reclamados, la parte actora, manifiesta su oposición frente a la absolución impartida al señor Henry Rueda Méndez, al considerar que éste debió ser condenado solidariamente, al ser el beneficiario de la labor desplegada por el abogado demandante.



Es así, como al hacer un estudio del trámite litigioso y el recurso impetrado por el promotor de la litis, se concluye que, en manera alguna éste es congruente y guarda consonancia con la decisión emitida por el A quo, ya que, en las pretensiones incoadas no se solicitó se declarara una solidaridad entre Nidia Consuelo Ruíz Vargas y Henry Rueda Méndez, con el fin de que la obligación fuera satisfecha por los convocados a juicio.

Colofón de lo anterior, el demandante teniendo la oportunidad para hacerlo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Procesal Laboral, tampoco presentó reforma a la demanda, en el sentido de solicitar se declarara tal figura jurídica, por lo que, en manera alguno el A quo podía referirse a este punto.

Por otro lado, durante el trámite procesal no fue discutido y si quiera se insinuó que pudiera existir una solidaridad, por lo que, mal podría pretenderse en el recurso de apelación incluirse pretensiones nuevas, dado que *“..le está vedado a dicho fallador pronunciarse sobre aspectos ajenos o extraños a éstos, pues ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones..”*, así lo ha expuesto nuestro órgano de cierre, en sentencias como la SL13260 de 2015.

Además del principio de consonancia, concurren también a los trámites judiciales, los principios de buena fe, confianza legítima y respeto de los actos propios, que concurren al ser exigidos como parte de la lealtad procesal que debe prevalecer en el litigio y por ende también entre las partes.³

³ Sentencias SL13256-2015 y CSJ SL870-2018



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, considera esta Colegiatura que los argumentos esgrimidos por el recurrente en la alzada, son totalmente nuevos, al pretender se condene a Henry Rueda Méndez solidariamente responsable a pagar los honorarios al demandante, cuando, se itera, dicha figura nunca fue reclamada, ni discutida y por ende tampoco resuelta en la respectiva providencia; luego entonces, al centrar el demandante su oposición en este punto, esta Sala de Decisión no puede emitir una decisión de fondo al respecto.

Por lo hasta aquí expuesto, surge patente la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS: Ante la improsperidad de los recursos incoados contra el auto del 9 de marzo de 2020 y la sentencia de primera instancia, se condenará en costas al demandante. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000, las cuales serán liquidadas por el juzgado de conocimiento.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Trece (13°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 9 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario adelantado por **JOSÉ ROBERTO JUNCO VARGAS** contra **HENRY RUEDA MÉNDEZ y NIDIA CONSUELO RUIZ VARGAS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 26 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario adelantado por **JOSÉ ROBERTO JUNCO VARGAS** contra **HENRY RUEDA MÉNDEZ y NIDIA CONSUELO RUIZ VARGAS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS: En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante ante la improsperidad de los recursos de alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte actora en la suma de \$ 800.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ISAÍAS EDUARDO MUÑOZ GÓMEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

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

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

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

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **ISAÍAS EDUARDO MUÑOZ GÓMEZ**, promovió demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que se condene a la enjuiciada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 80% o superior al 62,29%, a partir del 1° de noviembre de 2018; así como las diferencias pensionales, indexación, intereses corrientes y moratorios, costas y agencias en derecho. (fls. 54 a 56 y 86 a 88).

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 88 a 89 del expediente, en los que en síntesis advierte que, por contar con 62 años y 1.549 semanas de cotización, mediante Resolución SUB 282529 del 29 de octubre de 2018, la llamada a juicio le reconoció una pensión de vejez desde el 1° de noviembre de 2018, en cuantía inicial de \$8.964.716, la cual resultó de aplicar una tasa de reemplazo del 62,29% sobre un IBL de \$14.391.903; que contra la anterior determinación interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones SUB 328992 de 2018 y DIR 933 de 2019. Que la demandada no observó la condición más beneficiosa al pensionado desconociendo el principio de favorabilidad estatuido en el artículo 53 de la CP.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis que, la prestación pensional le fue reconocida al demandante de conformidad a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, acotando que la tasa de reemplazo que fue aplicada para efectos de su liquidación se encuentra ajustada a derecho. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denomino prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaraciones de otras excepciones. (fls. 147 a 151).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de marzo de 2021 resolvió **absolver** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **condenar** en costas a la parte demandante. (Cd. a fol. 190).

Lo anterior por considerar el *A quo* que el actor causó su derecho pensional en vigencia de los artículos 9° y 10° de la ley 797 de 2003, por manera que estas son las normas llamadas a regular la prestación en lo que se refiere a la liquidación de la tasa de reemplazo, sin que sea aplicable la condición más beneficiosa, dado que tal principio ha sido aplicado vía jurisprudencial para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, amén que la nueva fórmula de liquidación de la tasa de reemplazo, fue analizada por la Corte Constitucional, autoridad que declaró su exequibilidad mediante sentencia C-083 de 2019, por manera que no es procedente acceder a la reliquidación petitionada, máxime que Colpensiones halló la tasa aplicada de manera adecuada.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **ISAÍAS EDUARDO MUÑOZ GÓMEZ**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, argumentando que a la fecha en que elevó su solicitud de reconocimiento pensional acreditó un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

número de semanas muy superior a las exigidas por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y Colpensiones procedió a liquidar la prestación aplicando el artículo 9° de esta última norma, no obstante, la entidad debió considerar que al existir dos normas aplicables al caso era válido echar mano de los artículos 33 y 34 de la Ley 100, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Sumando a ello que, al existir duda para la encartada sobre la norma que debe resolver el asunto pensional, debió reivindicar el principio de favorabilidad, e igualmente, echar mano de la interpretación que le brinda mayor amparo al pensionado, conforme al principio de *indubio pro operario*. Indicó que su expectativa legítima de obtener una mayor liquidación pensional igualmente debió resolverse bajo el criterio de la condición más beneficiosa y concluyó manifestando que, todo lo anterior tiene como sustento los artículos 4° y 53 de la Constitución Política y la sentencia “T-832A”

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 parte demandada allegó escrito de alegaciones finales, en el que en suma indica que, a partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementaría en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley; además, el valor total de la pensión no podrá ser superior al 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima. Agrega que, para el presente caso, la tasa de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reemplazo en porcentaje del 63.77% es correcta, por lo cual no existen motivos de hecho o derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional, no siendo procedente conceder la solicitud de reliquidación.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se constata de la documental obrante a folios 9 a 17, consistente en los actos administrativos que resuelven recursos de reposición y apelación, en los cuales el actor reclamó la reliquidación de su pensión.

PROBLEMA JURÍDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T y la S.S le corresponde a esta Sala determinar si al demandante le asiste el derecho a la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para ello, una tasa de remplazo del 80% o un porcentaje mayor al definido por la llamada a juicio, en virtud de los principios de la condición más beneficiosa, favorabilidad *e indubio pro operario*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ISAÍAS EDUARDO MUÑOZ GÓMEZ, pues es patente que mediante la Resolución SUB 282529 del 29 de octubre de 2018, le fue reconocida la pensión de vejez, conforme a la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de noviembre de 2018, en cuantía inicial de \$8.964.716, la cual fue hallada dando aplicación a una tasa de reemplazo del 62,29%, a un IBL de \$14.391.903, aspecto que se corrobora con la documental obrante a folios 5 a 8 del informativo. Del mismo modo, se puede constatar que mediante Resolución SUB 328992 del 23 de diciembre de 2018, le fue reliquidada la prestación al accionante, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo, la cual se estableció por la entidad en un 63,83% (fls. 9 a 12), que, finalmente fue modificada en 63,77%, para una primera mesada pensional de \$9.486.497, de acuerdo a la Resolución DIR 933 del 24 de enero de 2019 (fls. 13 a 17).

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia en cuanto a que el actor consolidó su derecho pensional en vigencia de la Ley 797 del 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, en tanto cumplió los 62 años de edad el 5 de julio de 2018, conforme se constata de la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 2), y logró cotizar un total de 1.554 semanas, tal como da cuenta la Resolución DIR 933 del 24 de enero de 2019 (fl. 14 vuelto), resta por establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, aplicando una tasa de reemplazo del 80% o un porcentaje superior al definido por la entidad, que lo fue del 63,77%; todo ello en virtud de los principios de favorabilidad, *indubio pro operario* y la condición más beneficiosa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pues bien, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia al referirse a los principios de favorabilidad, *indubio pro operario* y condición más beneficiosa, procedió a su diferenciación en la sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, en los siguientes términos:

«4º) Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa.

El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo.

Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo,, como un cuerpo o conjunto normativo.

A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.

Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*Por lo brevemente expuesto se concluye que, si bien todas las reglas en precedencia son manifestaciones palpables de los postulados proteccionistas y tuitivos del derecho laboral y de la seguridad social, difieren entre sí, por que, se reitera, **la primera, se refiere al conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, la segunda alude a duda en la interpretación de una norma y, la tercera, a la sucesión normativa, que implica la verificación entre una norma derogada y una vigente**» (Subraya y negrilla fuera de texto)*

Conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, lo primero que debe advertir la Sala es que el presente caso no está llamado a ser dilucidado bajo el criterio del principio de favorabilidad, como quiera que la discusión planteada por el actor no involucra la existencia de dos normas vigentes que regulan de manera disímil la tasa de reemplazo, y ello porque desde su escrito de demanda, propone que se le aplique el monto del 80% sobre el IBL o uno mayor al 63,77% definido por Colpensiones, siendo el primero de ellos el techo máximo establecido en el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, a partir del año 2005, por tanto, es claro que el anhelo del actor no involucra norma distinta al artículo en mención.

Circunstancia que también descarta de plano echar mano del principio de la condición más beneficiosa, pues el mismo opera en tránsitos legislativos, como lo resaltó el Juzgado de Conocimiento, y en todo caso, en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivencia, y no, respecto de pensiones de vejez, como así lo ha desarrollado la jurisprudencia constitucional y el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Puestas así las cosas, quedaría entonces por definir si a la luz del principio de *indubio pro operario*, que es aplicable cuando existe una duda real, seria, auténtica y objetiva que genere dos comprensiones o más de la misma norma, debe accederse a la reliquidación pensional que se persigue en el *libelo genitor*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para el efecto, resulta oportuno traer a colación el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, que a la letra dispone:

«ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

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

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

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima. (Subraya y negrilla fuera de texto)



De la norma en cita, no advierte la Sala que de ella se desprenda dos o más interpretaciones distintas, que además, conlleven a elegir aquélla que le sea mas favorable al demandante, pues de la misma es claro que el techo de la tasa de reemplazo, fue previsto inicialmente hasta el 85% del ingreso base de liquidación, sin embargo, dicho límite pasó al 80%, de acuerdo con una fórmula que tiene en cuenta las semanas y el nivel de ingresos de cotización, metodología que por mandato de la misma Ley, se implementó en forma gradual desde el 1° de enero de 2004.

Además, a partir del 2005, la misma disposición indica que por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, *«llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo».*

Aplicando el texto normativo al caso del actor, se tiene en primer lugar que, debe darse aplicación a la formula ya referenciada, para lo cual se debe tener el IBL tomado por la encartada y sobre el cual no existe discusión², así:

$$r=65.50-(0.50 \times (14.417.632/781.242))$$

$$r= 65.50-(0.50 \times 18.45)$$

$$r=56.27$$

Ahora bien, al resultado anotado (56,27), deberá sumarse el 1,5% adicional por cada 50 semanas superiores a las mínimas exigidas, que son 1.300. Para ello, se toma un total de 1.554, siendo 254 semanas adicionales, las cuales al ser divididas entre 50, arroja un resultado de 5,

² Folio 16



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que se multiplica por el porcentaje adicional, esto es, 1,5%, para un total de 7,5%.

Luego, dicho resultado se suma al ya definido 56,27%, para una tasa de reemplazo total del 63,77%, monto que fue efectivamente considerado por la demandada, tal como se constata a folio 46 vuelto del expediente, el cual al ser aplicado al IBL de \$14.417.632, se obtiene una primera mesada de \$9.194.124, valor que fue el concedido a favor del demandante (fl. 17).

Por lo hasta aquí expuesto, es que surge patente la confirmación de la sentencia de primer grado, pues es claro que la demandada dio aplicación a la única interpretación posible del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en cuanto a la tasa de reemplazo como factor de liquidación, de lo cual es claro que no existe diferencia alguna a favor del demandante que implique la reliquidación de la prestación pensional que le fuera reconocida por la encartada, en los términos expuestos en el escrito *demandatorio*.

COSTAS: Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante dada la improsperidad del recurso de 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.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 25 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ISAÍAS EDUARDO MUÑOZ**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

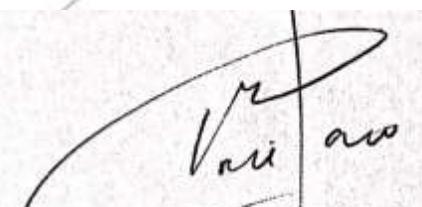
GÓMEZ contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante dada la improsperidad del recurso de alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$ 300.000.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-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 **AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; COLFONDOS S.A.**, **PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA solicita se declare que fue mal asesorada e informada por Porvenir S.A.; se declare que no hubo una asesoría real con información veraz, en cuanto a la manera, tiempo y monto de la pensión que recibiría la demandante; que la entidad llevó a la actora a tomar la decisión de trasladarse de fondo, prometiendo mejores beneficios económicos que los ofrecidos en el RPM; que fue afectada por Porvenir al ser la mesada pensional inferior en un 35% de la ofrecida en el RPM; que la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones; Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías S.A.; Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías S.A, afectó su vida digna, vulneró los principios contenidos en la Ley 100 de 1993, al generarse un detrimento patrimonial; se declare la nulidad e ineficacia del traslado de la afiliación con los fondos antes mencionados.

Consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses; que Colpensiones active a la demandante en el régimen de prima media; que la demandante podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993; condenar de acuerdo a las facultades ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho (fl. 2 a 10).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a e del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 15 de abril de 1967 y cuenta con 52 años; que estaba afiliada al RPM en calidad de trabajadora dependiente; que se trasladó a Porvenir en el año 1997; que Porvenir S.A., no la asesoró en debida forma para efectuar dicho trámite; que no contó con la explicación respecto a los beneficios económicos; que el derecho a la pensión se vio frustrado; que se trasladó a administradoras del mismo régimen, de Colfondos a Protección; de Skandia a Porvenir y guardaron silencio frente a las incidencias pensionales en el régimen pensional; que Colfondos, Protección, Skandia y Porvenir no explicaron la estructura de los fondos de pensiones; que en 2019 Skandia se negó a hacerle proyección de la mesada pensional; que realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se encontró que el beneficio prestacional era inferior a la que podría devengar en el RPM; que fue engañada por los fondos de pensiones; que fue incumplido el deber de información de las entidades administradoras; que el 28 de noviembre de 2019 se presentó reclamación ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para reconocerlas, ya que el fondo demandado brindó la asesoría adecuada a la parte actora. **Excepciones:** Propuso los medios exceptivos que denominó; inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago (fl. 88 medio magnetofónico).

A su turno **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las demandas incoadas contra dicha entidad, argumentando para tal efecto que, el traslado efectuado a dicha entidad fue realizado en forma libre y voluntaria, por lo que, el traslado horizontal no le causó ningún perjuicio a la demandante. Como **excepciones** propuso las de, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica (fl. 88 CD).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en la oportunidad procesal pertinente, manifestó su oposición frente a las pretensiones incoadas, motivando su negativa en que, asesoró en forma veraz y oportuna a la demandante de acuerdo a la solicitud de vinculación suscrita por la señora, Hernández Silva y la cual fue suscrita en forma libre y espontánea. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos de fondo denominados prescripción; buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 88 CD).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, indicó que, no se oponía ni se allanaba, frente a pretensiones incoadas contra los fondos de pensiones del RAIS; que desconocía la información suministrada a la afiliada al momento de realizar el traslado, sin embargo, este fue realizado de manera libre y voluntaria y por ello, no es viable su retorno al RPM al estar inmersa en una prohibición legal, al faltarle menos de 10 años para pensionarse. Como **excepciones** propuso las de, inoponibilidad de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; innominado o genérico.

Se dio por no contestada la demanda presentada por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** (fl. 83).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 26 de marzo de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la señora Aida Hernández Silva a Porvenir S.A. y demás traslados efectuados; **condenó** a Porvenir a devolver todos los dineros recibidos por concepto cotizaciones por parte de la demandante, junto con los rendimientos sin descuento alguno; **condenó** a Skandia a devolver todos los dineros recibidos por cotizaciones, exceptuando de dicho concepto los dineros pagados o transferidos a Colfondos; **condenó** a Colfondos a devolver todos los dineros recibidos por cotizaciones, exceptuando de dicho concepto los dineros pagados o transferidos a Protección; **condenó** a Protección a devolver todos los dineros recibidos por cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, frutos e intereses a Colpensiones; **declarar** que la señora Aida Hernández Silva se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrada por Colpensiones;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

declaró no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir S.A; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones en caso de no ser apelada la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...el despacho no verifica que en estos traslados o estos actos de relacionamiento que llaman hubiese existido información donde hubiésemos considerado que la información si bien es cierto no se le dio al momento de la afiliación hubiese sido por lo menos oportuna, una información oportuna que la señora demandante hubiese podido tener la información clara y concreta, pero en ningún momento, observa uno que existe en estos traslados pero no hay prueba alguna que en ninguno de estos traslados hubiese recibido esta información, clara, precisa y suficiente respecto a los regímenes pensionales, ninguna encuentra el despacho respecto a las pruebas con las cual cuenta el despacho para resolver el presente proceso.

En tal sentido con ocasión al análisis de este material probatorio el fondo pensional privado, considera el despacho que no se ocupó de brindar asesoría e información directa a la señora demandante de manera idónea en lo atinente para determinar las consecuencias del traslado de régimen solidario de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, cuando ha debido hacerlo empleando para ello todos los recursos técnicos y administrativos con que disponía con el objeto de que ella pudiese disfrutar de los beneficios que da el derecho de la seguridad social pero de manera adecuada, oportuna, suficiente.

Lo que significa para el despacho que esta entidad demandada no obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa al sistema de la Seguridad Social al tenor con el literal a artículo 2 de la ley 100 de 1993. En tal sentido el despacho accederá a las pretensiones de la demanda; por tanto, declarará la ineficacia del traslado que la señora demandante efectuó del extinto Seguro Social...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación, con el fin de que se revoque en forma total el fallo, al considerar que no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento para declarar la ineficacia del traslado; que la demandante era una persona capaz y por tanto no existía ninguna nulidad ni absoluta ni relativa; que debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presumirse la buena fe de la entidad; en cuanto a los gastos de administración señaló que, hubo riesgos que se cubrieron con la prima de seguros; se desconoce que la Superintendencia informó que no es procedente la devolución de prima de seguros provisional, por cuanto la aseguradora cubrió el riesgo, ni los gastos de administración; que es un enriquecimiento ilícito de la demandada el recibir los dineros que se encuentran autorizados para devolver (1:32:26).

PROTECCIÓN S.A. manifiesta su oposición en forma parcial, y solicita se revoque el numeral 5 de la sentencia, en el sentido de haberse ordenado la transferencia de aportes, y rendimientos financieros, los descuentos de cuotas de administración y demás descuentos o descuentos conforme a la Ley 100 de 1993; ya que, el fin de esta declaratoria es que las cosas vuelvan a su estado anterior, sin embargo, los rendimientos financieros son producidos por los fondos privados y los mismos no se generarían en el RPM; que no se encuentra demostrado un perjuicio respecto al traslado a efectuar; que se debe realizar un cálculo y devolver solo los rendimientos que se hubieran podido obtener en el RPM (1:35:45).

SKANDIA, interpone en forma parcial recurso de apelación contra la sentencia, específicamente frente al numeral 3, en el que se ordena el traslado de gastos de administración, al considerar que la sentencia se apartó de los preceptos legales, que en el Decreto 3995 de 2008, artículo 7, indica cuales son los elementos necesarios para efectuar los traslados de aportes, sin indicarse nada frente a los gastos de administración y que este es utilizado en el pago de pólizas, las cuales fueron pagadas por el fondo y no se tienen recursos a favor de la demandante, en caso de confirmarse la sentencia, solicita se estudie el fenómeno de la prescripción (1:40:19).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, con el fin de que se revoque la sentencia en forma total, al considerar que la demandante tiene una imposibilidad para trasladarse al faltarle menos de 10 años para pensionarse; que solo hasta noviembre de 2019 elevó petición de traslado al RPM, por lo que, la entidad tiene como limitante de traslado cada 5 años y en el sub lite, la demandante, no puede solicitar el traslado, dado que se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que la actora no es beneficiaria del régimen de transición al no cumplirse con la densidad de semanas para ello; que no existen vicios del consentimiento para declarar la ineficacia del traslado, máxime que en el interrogatorio manifestó que fue su voluntad efectuar los traslados (1:45:44)

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La **demandante** a través de su apoderada judicial, solicita se confirme la sentencia proferida por el A quo, al considerar que el traslado de régimen no estuvo precedido de un consentimiento informado, por lo que no se podía suministrar información en forma parcial; que tampoco es viable estudiar el fenómeno de la prescripción al decidirse sobre derechos pensionales irrenunciables; que tampoco se puede desconocer el precedente jurisprudencial ya que este guarda relación con el derecho a la igualdad.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y



en su lugar se absuelva a la entidad, al considerar que no se acreditó ningún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la demandante; que el cambio de régimen se materializó en el año de 1995 en forma libre y voluntaria, brindándosele información oportuna y completa; que estuvo afiliada al RAIS por 25 años y permitió el descuento con destino al fondo privado exteriorizándose su deseo de mantener en dicho régimen; que la actora no se preocupó por conocer aspectos relevantes a su afiliación; que no fue realizado un análisis de las pruebas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del CPT; en caso de considerarse lo referente a la ineficacia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las señaladas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto configuraría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que, la demandante efectuó el traslado de régimen en el año de 1997 y por ello, no es procedente que se declare la nulidad del traslado, aunado a lo anterior, con posterioridad realizó su traslado a Protección y Skandia; que la actora contaba con 53 años de edad a la fecha de presentarse la correspondiente reclamación, faltándole menos de 10 años para pensionarse y por tanto no es procedente ordenar el traslado; que tampoco es beneficiaria del régimen de transición y tampoco tiene una expectativa legítima; que del interrogatorio de parte y la prueba testimonial se concluye que no existió error de hecho sino de derecho y con el paso del tiempo este fue subsanado.

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

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 21 y la respuesta emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones frente a tal pedimento (fl. 22).

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, en estricta consonancia con los reparos invocados por Porvenir S.A., Protección S.A. Skandia y Colpensiones; en las apelaciones incoadas, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por Aida Patricia Hernández Silva al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva; por otro lado, se deberá establecer si todos los fondos privados a los que estuvo afiliada la demandante deben devolver los aportes al sistema con sus rendimientos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INEFICACIA 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., copia de cédula de ciudadanía (fl. 11); derecho de petición incoado ante Colpensiones (fl. 21); respuesta emitida por Colpensiones frente a la solicitud presentada (fl. 22); historia laboral expedida por Protección S.A. (fl. 24); registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 31); certificación emitida por Colpensiones (fl. 32); extracto de crédito hipotecario emitido por Davivienda (fl. 33); certificación emitida por Old Mutual (fl. 34); certificado emitido por Asofondos (CD 88, Fl. 66 CONT 2020 00054 AIDA PATRICIA); formulario de afiliación a Porvenir de fecha 30 de diciembre de 1995 (CD 88, Fl. 67 CONT 2020 00054 AIDA PATRICIA); formulario de afiliación a Horizonte de fecha 11 de junio de 2002 (CD 88, Fl. 68 CONT 2020 00054 AIDA PATRICIA); respuesta a solicitud incoada ante Porvenir S.A. (CD. 88 Fl. 80; CONT 2020 00054 AIDA PATRICIA); certificación de aportes efectuados ante Porvenir (CD. 88; FL. 85; CONT 2020 00054 AIDA PATRICIA); relación de aportes efectuados a Porvenir S.A. (CD. 88; FL. 87; CONT 2020 00054 AIDA PATRICIA); formulario de afiliación a Skandia (fl. 1, archivo M2009-KN00287608-00020973);

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos con su 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 desfavor 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 hoy Colpensiones hasta el 31 de diciembre de 1995, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., con fecha de efectividad el 1 de enero de 1996; de dicho fondo se trasladó a Colfondos el 1 de abril de 2005; de allí se traslada a Protección el 1 de julio de 2007; luego a Skandia el 3 de marzo de 2009 y se devuelve a Colfondos el 1 de noviembre de 2010 y finalmente, se traslada a Protección el 1 de octubre de 2012; efectuando cotizaciones a la fecha a este fondo y 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 Protección, 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. 67, 68 y 1 de las carpetas enunciadas en forma precedente).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que, se trasladó al RAIS en principio, debido a que muchas personas le dijeron que dichos fondos eran más seguros, mucho más sólidos, *“el señor asesor fue hablo conmigo, solo tiene que firmar aquí, se tiene que pasar, va a tener muchos beneficios, las entidades privadas tienen mucha solidez en fin, entonces yo me pase; nunca me dijeron cuando usted se pensione va a tener un menor ingreso, le van a pagar un menor valor nunca me lo dijeron, me preguntaron la edad, yo me había graduado de abogada en el año 90, le estoy hablando en el año de 1995, mi trayectoria había sido en el derecho privado de las obligaciones, apenas estaba en el Das incursionando en el derecho administrativo y como le digo llegaron todos los asesores y empezaron a hablar con todos los funcionarios, llegaron de todos los fondos y fue en ese momento que yo tomé la decisión de pasarme sin tener una información sobre qué implicaciones podría tener cuando yo ya estuviera pensionada, nunca se me dijo mire cuando usted este pensionada va a recibir tanto o va a recibir tanto o va a recibir menos, nunca se nos informó sobre eso”*

Que, *«fueron a su casa a asesorarlos sobre el cambio de régimen y allí le indicaron que Seguro Social se iba a acabar, que en el fondo iba a obtener más rendimientos e*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

intereses, pero no le dijeron nada más sobre la pensión; que firmara un documento, para revisar si se podía trasladar de régimen dada la edad y semanas de cotización que tenía para dicha data; que no leyó el documento que firmó y no volvió a saber nada ni del asesor ni del documento firmado, creyendo que no había podido realizarse este trámite, siguió haciendo los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al extinto Seguro Social; que en el año 2003 se afilió a Colpensiones y que en el 2010 cuando creyó tener todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se presentó a solicitar la pensión al RPM y allí le informaron que se encontraba multiafiliado». (Cd. Fl. 87).

En lo atinente a la rentabilidad de los aportes, señaló que, “... a mí nunca me hablaron de rentabilidad ni cómo me iban a pagar, ni cómo se administraba, no, en verdad señor juez a nosotros teníamos mucho trabajo, cuando uno veía rondando los asesores uno decía, ay, o través este señor, y entonces uno como que lo atendía muy rápido y le firmaba, y no se preocupe doctora que eso ya está listo y mire qué pepito ya se cambió también, entonces digamos que fue un error común en el que muchos caímos”.

Respecto a los aportes voluntarios indicó que, le habían dicho que “...los aportes voluntarios eran un mecanismo para cuando usted tiene que pagar impuestos en rete fuente y demás si usted hacía aportes voluntarios se le bajaban esa rete fuente o esos impuestos, a mí me pareció importante, yo estaba en una edad muy joven, yo empecé por ejemplo en la rama judicial en el año 96 y fue a partir de ahí del 96 que me dijeron que podía tener fondo de pensiones voluntaria que eso sí era como una cuenta, entonces de ahí mi con función de creer que eso era como un banco, entonces usted aporta las pensiones voluntarias, eso es como un ahorro que usted va a poder usar para comprar vivienda y eso me sirvió precisamente para la vivienda”.

- De la suscripción de formularios de afiliación informó que fueron suscritos por ella “...pero como eran tan a la carrera ellos llegaban y le decían firme aquí doctora, su nombre, su cédula, donde vive, su dirección, tiene sus hijos, doctora cuánto le están pagando aquí y muy querido y se lo digo bajo juramento le ayudaban a usted a organizarlo y firmeme aquí”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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



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

Al encontrarse acreditado el vicio del consentimiento a la hora de efectuarse el traslado de régimen de la demandante, mal haría este Colegiado, en establecer la buena fe, ya que esta queda totalmente desdibujada, con las probanzas allegadas.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por los apoderados de Porvenir, Protección y Skandia, en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, sus frutos e intereses, gastos de administración, exceptuando de tal preceptiva las cotizaciones ya efectuadas por las entidades por los interregnos de tiempo en que estuvo afiliada la demandante, en dichas entidades de seguridad social.

Así las cosas, en este punto, debe resaltarse que la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que el fulminar condena por estos conceptos, es una consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia, como consecuencia de la falta de información al afiliado a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la hora de trasladarse, y así se ha dejado sentado, entre otras, en la sentencia, 31989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del Doctor, Eduardo López Villegas, la cual fue reiterada recientemente en sentencia SL 1942 del 12 de mayo de 2021, en donde se ha expuesto,

“...La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada....”

De acuerdo a los argumentos esgrimidos considera esta Sala de Decisión que, la responsabilidad de devolver gastos de administración y demás emolumentos a favor de Colpensiones, recae en forma exclusiva a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, al ser este el último fondo al que se encontraba afiliada la señora Hernández Silva,

En tal sentido, respecto a este punto objeto de reproche, se mantendrá incólume la decisión adoptada por el Juzgado de conocimiento frente a Protección.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

No siendo igual, la decisión, frente a la condena impuesta por este concepto, a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías, enunciadas en los numerales, “2” y “3” respecto a la responsabilidad de devolver, los valores recibidos durante la vinculación contractual entre la demandante y los enunciados fondos, ya que la misma, será revocada.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Alegó la apoderada de Skandia que se debe estudiar el fenómeno prescriptivo, en caso de no salir avante la solicitud de revocatoria frente a la orden de devolución de gastos de administración y demás emolumentos, por lo que, considera viable esta Colegiatura resolver la inconformidad, al haber sido objeto de apelación, y la misma no estar sujeta a una subsidiariedad.

A su turno, Porvenir S.A., alegó respecto a la devolución de los gastos de administración, y demás emolumentos, que debía aplicarse el fenómeno prescriptivo.

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

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

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

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. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dadas las resultas del recurso de alzada. En cuanto a las demás entidades recurrentes, no se impondrá condena en costas en esta instancia y tampoco por conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR los numerales “2” y “3” de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 26 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. OLD**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en el sentido de **ORDENAR** a los fondos de pensiones enunciados, devolver únicamente los gastos de administración generados en el interregno de tiempo que estuvo vigente la afiliación de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: COSTAS: En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dadas las resultas del recurso de alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A en la suma de \$400.000 y a favor de la demandante.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARIELA BARRERA ORTÍZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad, ineficacia o invalidez del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó el 1° de octubre de 2007; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros y el valor total cotizado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, al igual que registrar en su historia laboral el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas por Porvenir; se condena a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho (fls. 5 y 6 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 8 del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 31 de mayo de 1968; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde 5 de mayo de 1989; que el 1° de octubre de 2007 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., además, fue asignada a dicha entidad en virtud del Decreto 3995 de 2008, por una situación de multivinculación; que la afiliación con la referida sociedad fue realizada sin que se le brindara información sobre los requisitos y condiciones necesarias para pensionarse en el ISS, como tampoco le hicieron una proyección que determinara el valor de la prestación en este régimen y en el RAIS; que los funcionarios de la AFP Porvenir no le suministraron una información completa, detallada y veraz sobre su situación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensional en ese momento y a futuro, y menos aun le indicaron las consecuencias desfavorables que le generaría su decisión de traslado. Añade que conforme a información suministrada por la AFP llamada a juicio, su pensión equivaldría a un salario mínimo legal mensual vigente, pese a que al 31 de julio de 2019, su IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante en los últimos 10 años asciende a \$4.249.371; que presentó ante Colpensiones la reclamación administrativa, la cual fue resuelta en sentido desfavorable.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación efectuada por la demandante con la AFP fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por lo tanto sería inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables respecto de un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte. Refiere que no ha vulnerado derecho alguno de la accionante, pues la única eventual falta que se le endilga es no haber aceptado la solicitud de traslado o nulidad, pasando por alto que es el juez del trabajo es el único competente para determinar la validez o eficacia del traslado, y si las circunstancias narradas por la demandante en el escrito de demanda pueden considerarse como una violación al deber de información, o si se configuró algún vicio en el consentimiento al momento de firmarse el formulario de afiliación. Añade que en todo caso, a la accionante corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios en el consentimiento estipulados en el artículo 1508 del C.C., esto es, error, fuerza o dolo, los cuales deben ser comprobables de manera real y no solo con el dicho, pues no puede pasarse por alto que todo ciudadano al afiliarse a cualquiera de las entidades vinculadas al RAIS tiene la posibilidad de ejercer el retracto.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de otras excepciones (Carpeta contestación Colpensiones del expediente digital).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la afiliación de la parte demandante con la AFP HORIZONTE, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público- en el que se observa la declaración escrita 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 y el párrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS, sin que se pueda obviar las calidades personales de la demandante al momento de realizar la afiliación, lo que le permitía sin lugar a dudas conocer y comprender las consecuencias de su elección. Refiere que la AFP HORIZONTE cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información, conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia y sucesivas sobre el particular. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Carpeta contestación Porvenir del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 27 de mayo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 14 de agosto de 2007; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiese



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trasladado; **condenar** a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración; **absolver** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** no probadas las excepciones formuladas y **costas** a cargo de Colpensiones y Porvenir. (Archivo de audio del expediente digital).

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no se valoró por parte del despacho que el consentimiento informado de la demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento público, que no fue tachado de falso por el extremo activo, en el cual esta expresó que la escogencia del RAIS la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, conforme a lo previsto en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que no se trata de una simple



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

declaración vacía incluida en un formato de afiliación. Añade que a la parte demandante siempre se le garantizó su derecho al retracto, como así lo dispuso el artículo 3° del Decreto 1161 de 2004, y el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, sumando a ello que, la declaratoria de ineficacia del traslado, desconoce el principio de la autonomía de la voluntad con que contaba la demandante, y que en los términos de la sentencia C-341 de 2006, fue definida como el poder de las personas para disponer con efecto vinculante, de los intereses y derechos de los que son titulares, lo cual da lugar a la creación de derechos y obligaciones, siempre que se respetan el orden público y las buenas costumbres. Resalta que la orden de devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, al no existir norma que la disponga, dado que la Ley 100 de 1993, establece claramente cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando tiene lugar un cambio de régimen pensional, esto es, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros, además, la restitución de tales sumas desconoce las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del C.C. y en virtud del cual la AFP restituye a favor del afiliado los frutos financieros que fueron consignados en la cuenta de ahorro individual.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la parte demandante, pues no se alegó y menos se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta de la afiliada, que permaneció en el régimen de ahorro cerca de 13 años y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

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 de la documental vista a folios 48 a 54 archivo 1 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación de la demandante (fl. 29 archivo 1 del expediente digital); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 30



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a 36 a 42 -archivo 1 del expediente digital); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 37 a 42 archivo 1 del expediente digital); formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 43 archivo 1 del expediente digital); certificado de afiliación expedido por Colpensiones (fl. 44 archivo 1 del expediente digital); simulación pensional expedida por la AFP Porvenir (fls. 45 a 47 archivo 1 del expediente digital); derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respectiva respuesta (fls. 48 a 56 -archivo 1 del expediente digital); expediente administrativo (carpeta contestación Colpensiones del expediente digital); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 62 archivo pruebas Porvenir del expediente digital); comunicados de prensa (fls. 65 a 67 -archivo pruebas Porvenir del expediente digital); certificado de afiliación emitido por la AFP Porvenir (fl. 77 – archivo pruebas Porvenir del expediente digital); historia laboral para bono pensional (fls. 83 a 88 -archivo pruebas Porvenir del expediente digital) e interrogatorio de parte de la demandante (archivo de audio 8 del expediente digital).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de mayo de 1989 hasta el 30 de septiembre de 2007, tal como se advierte de la historia laboral que milita en la carpeta denominada contestación de Colpensiones del expediente digital, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 14 de agosto de 2007 (fls. 63 a 64 -archivo pruebas Porvenir del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación visible a folio 77 del archivo de pruebas Porvenir del expediente digital; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fls. 63 a 64 -archivo pruebas Porvenir del expediente digital)

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 acercó un asesor de la AFP, con quien tuvo una reunión de no más de 4 minutos, y quien le habló sobre algunas ventajas de su traslado a la sociedad demandada, como que podía pensionarse a una edad temprana, que sus aportes reportarían una rentabilidad y que podría hacer un ahorro adicional; aunado a que se le indicó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer. (Archivo de audio 8 del expediente digital).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que tal devolución no se encuentra estatuida en la Ley y desconoce lo que al efecto ha establecido el Código Civil sobre las restituciones mutuas.

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

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

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

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tuieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

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

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

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

COSTAS.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 27 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARIELA BARRERA ORTIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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