República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALIRIO GACHANCIPA** 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 veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a la abogada, Oriana Espitia García, identificada con C.C. No. 1.034.305.197 de Bogotá y portadora de la T.P. No. 291.494

---

[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»*

expedida por el C.S. de la Jud., de acuerdo al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor ALIRIO GACHANCIPA, solicita se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta su verdadero Ingreso Base de Liquidación.

Como consecuencia de lo anterior, reclama se condene a COLPENSIONES a pagar las diferencias pensionales causadas a su favor; que se pague el retroactivo; se indexen los valores reconocidos; se paguen intereses moratorios y a pagar las costas causadas.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 5 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 22 de julio de 1949; que solicitó el reconocimiento pensional pero este fue negado con Resolución No. 007829 del 2010; contra el acto administrativo se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto en forma desfavorable; que solicitó la revocatoria directa de los actos administrativos y consecuencia de ello, le fue reconocida la pensión de vejez con Resolución GNR 374034 del 2014; que contra el acto que reconoce la pensión se formuló recurso de reposición y subsidio de apelación, los cuales confirmaron el acto primigenio.

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

pretensiones al considerar que la entidad al momento de efectuar el reconocimiento pensional, realizó las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años de cotización, toda la vida laboral, viendo más favorable el primero de ellos. Como **excepciones** propuso las de, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, 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 (Archivo 04 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de diciembre de 2021, resolvió; **absolver** de las pretensiones a la demandada; **declarar probadas** las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por Colpensiones; **condenó** en costas al demandante, **ordenó** la consulta de la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"...Ahora bien teniendo que el actor se encuentra inconforme con el monto de su mesada pensional, se procedieron a efectuar las respectivas operaciones aritméticas por parte del grupo liquidador, teniendo en cuenta los últimos 10 años de cotizaciones conforme lo previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, obteniéndose como IBL la suma de $480.645 que al aplicar el 75% de la tasa de reemplazo qué establece la ley 71 de 1988 da una primera mesada pensional equivalente a $360.484 la cual debe ajustarse al salario mínimo legal mensual vigente de la data de reconocimiento, esto es para el año 2009 por lo que la mesada pensional del actor equivaldría a la suma de $496.900 la que fue efectivamente*

reconocida al demandante por parte de Colpensiones, suficiente resultan entonces las anteriores razones para concluir la absolución de la entidad demandada...".

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que el promotor de la litis no formuló recurso de apelación contra la determinación de primera instancia, y al resultarle desfavorable a sus intereses dicha decisión, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte demandada **Colpensiones**, reclama se confirme la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento, al argüir que, la entidad al momento de resolver el reconocimiento pensional tuvo en cuenta lo devengado por el demandante durante los últimos 10 años de cotización, al no haberse cotizado más de 1250 semanas durante toda su vida laboral.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte demandante cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución SUB 73883 del 24 de mayo de 2017, en la cual se señala que presentó solicitud de reliquidación pensional el 21 de mayo de 2014 y esta petición es desatada con Resolución No. GNR 109678 del 16 de abril de 2015, notificada el 27 de abril de 2015 en forma desfavorable al reclamante (fl. 27 archivo 01 del expediente administrativo).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión y consecuencia de ello, se deben incluir todos los factores salariales devengados por durante el último año de servicio.

STATUS DE PENSIONADA

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora MARIA ETELINDA CASTELLANOS ACOSTA, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con

la Resolución No. GNR 270248 del 2016, en la que se señala como fecha de reconocimiento de la pensión de vejez el 20 de octubre de 2006, condicionando el pago de dicha prestación al retiro efectivo del servicio, por lo que, con Resolución No. GNR 180707 del 11 de julio de 2013 se ordenó la reliquidación pensional a su favor, y haciendo efectivo su pago a partir del 30 de abril de 2010, de acuerdo a los lineamientos dispuestos en la Ley 71 de 1988.

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo. Parámetros que no escapan a las prestaciones del sector público, conforme se determinó en la Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 9 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Resolución GNR 374034 del 21 de octubre de 2014 (fl. 11 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Resolución VPB 56806 del 14 de agosto de 2015 (fl. 17 del archivo 01 del expediente digital); reclamación administrativa (fl. 25 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Resolución SUB 73883 del 24 de mayo de 2017 (fl. 27 del archivo 01 del expediente digital); certificación emitida por la Gobernación de Cundinamarca (fl. 35 del archivo 01 del expediente digital); liquidación realizada por la parte actora (fl. 37 del

archivo 01 del expediente digital); expediente administrativo allegado por Colpensiones (archivo 05 del expediente digital).

De las probanzas allegadas al expediente procesal, se colige que, Alirio Gachancipa nació el 22 de julio de 1949; que el actor arribó a los 60 años el 22 de julio de 2009 (Fl 9 del expediente digital) y en lo que tiene que ver con los 20 años de servicio, se constata que laboró para el Ministerio de Defensa, por espacio de 1 año, 6 meses y 18 días (fl. 93 carpeta – expediente administrativo – archivo GRP-HPE-EV-CC-11371710); al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora en Liquidación un total de 557 días, equivalentes a 2 años, 9 meses, 19 días (fl. 16 carpeta – expediente administrativo – archivo GRP-HPE-EV-CC-11371710); posteriormente laboró en la Secretaría de Obras – Caprecundi, entre el 25 de febrero de 1983 y el 30 de junio de 1995; sin embargo, en forma adicional laboró al servicio Gobernación de Cundinamarca por espacio de 10 meses (fl. 17 carpeta – expediente administrativo – archivo GRP-HPE-EV-CC-11371710) y finalmente cotizó con el régimen subsidiado por 4 años (carpeta expediente administrativo – archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1483-20190506123122), cotizando un total de 1164 semanas, correspondientes a más de 22 años; por otro lado, que el reconocimiento pensional se dio a partir del 22 de julio de 2009, conforme a lo establecido en el acto administrativo de reconocimiento pensional, el cual fuera enunciado en forma precedente; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal, se tiene que bajo las determinaciones plasmadas por la Administradora

Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la Resolución GNR 374034 del 21 de octubre de 2014, el accionante es beneficiario del régimen de transición concretado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, excluyéndose del debate probatorio tal tópico.

No obstante lo precedente, huelga decir que aun cuando la norma llamada a gobernar el presente caso sea la Ley 71 de 1988, ni si quiera con fundamento en la misma es posible calcular el IBL con el promedio de lo devengado en el último año tomando como fundamento el Decreto 2709 de 1994, habida consideración que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL 10869 del 13 de julio de 2016, radicado 42565, MP: JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN, 37033 del 29 de mayo de 2013, MP LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, esta última en la que reitera las sentencias 37998 del 13 de abril de 2010 y 40682 del 14 de septiembre del mismo año, ha tenido a bien precisar que a las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, les asiste el derecho a que su pensión les sea liquidada, en caso tal de que les faltaren menos de 10 años para pensionarse, a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, con el promedio del tiempo que les hiciere falta para ello, o lo devengado durante todo el tiempo laborado.

Con todo, en caso de que les faltare más de 10 años para pensionarse, por disposición del artículo 21 de la ley 100 de 1993, el IBL deberá ser calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o durante toda la vida laboral, siempre que cuenten con más de 1250 semanas cotizadas. En tal sentir la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en reciente pronunciamiento efectuado en la sentencia SL4783 de 2018, cuando indicó:

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

> **"***Esta Corporación, en múltiples decisiones, ha insistido que el ingreso base de liquidación de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se debe calcular conforme a los postulados del artículo 21, ellas en sentencia SL13652-2015, que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 43336, enseñó:*
> *(…) Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones:*
> *(i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y*
> *(ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo."*

Criterio que ha sido reiterado recientemente con la sentencia SL5567 de 2021, en la que se indicó.

> *"…En relación con las personas beneficiarias del régimen de transición la Corte ha señalado que el ingreso base de liquidación se determina conforme al tiempo que les hiciere falta para adquirir la prestación económica a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1.º abril 1994-. Para el efecto, a quienes les faltaren menos de 10 años para consolidar el derecho la determinación del citado concepto se realiza al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 ibidem, mientras que aquellas que les faltaren 10 años o más se aplica lo dispuesto en el artículo 21 ibidem (CSJ SL2510-2017, reiterada en SL2495-2019). Asimismo, que en este último escenario, es viable acudir a todo el tiempo cotizado en la vida laboral si el afiliado acumuló al menos 1250 semanas de aportes al sistema (CSJ SL 7263-2015)…"*

Consideración que ha sido aceptada por esta Sala de Decisión, ya que la Ley de Seguridad Social expresamente señaló que a los afiliados

cubiertos por el régimen de transición se les mantendrían las condiciones para acceder a la pensión de vejez en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, pero las demás condiciones y requisitos aplicables a aquellas personas se regirían por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, es decir, el propio texto normativo permite una clara interpretación y en esa medida debe el juzgador observar el espíritu de la ley y ajustarla al caso concreto.

Lo anterior, se acompasa en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en sentencia SU – 230 de 2015, en la que indicó:

> *"De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos."*

Conforme a ello, es claro para esta Colegiatura que no es viable realizar las operaciones aritméticas, con el último año de servicio, de acuerdo a los argumentos ya esgrimidos.

Ahora bien, en lo tocante a los 10 últimos años de cotización, después de revisar en forma minuciosa el haz probatorio, para liquidar la prestación, se tuvo como prueba la certificación emitida por la Gobernación de Cundinamarca e historia laboral allegada por la convocada a juicio, con el fin de determinar el Ingreso Base de Cotización efectuado durante dicho interregno de tiempo por el demandante, se obtiene un Ingreso Base de Liquidación de $695.428,[78], que al aplicársele una tasa de reemplazo del 75% arroja como mesada pensional, la suma de $521.569,[34] para el año 2009,

suma de dinero que resulta superior a la establecida por la entidad demandada, pero únicamente frente a las anualidades de 2009 a 2012, ya que, a partir del 1° de enero de 2013, la mesada pensional se equiparía al salario mínimo legal vigente, hasta la presente calenda, de acuerdo a la liquidación que hará parte integral de esta sentencia.

Pese a lo anterior, no es viable modificar el fallo, de primera instancia, dado que, Colpensiones, al momento de contestar la demanda formuló la excepción de prescripción, por lo que, esta Sala de Decisión, debe precisar que frente a los conflictos de que conoce la jurisdicción ordinaria laboral, los artículos 151 del CPL y SS y el 448 del CST, disponen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, a partir de la fecha de exigibilidad del derecho y, que el simple reclamo escrito que realice el trabajador recibido por el patrono, o en el evento de la seguridad social la reclamación escrita que eleve el interesado ante la entidad.

Ahora bien, en el asunto de la referencia, y en razón a que la pasiva, en el escrito contestatario propone la excepción de prescripción, se tiene que la prestación pensional aquí concedida se encuentra afectada por el termino trienal prescriptivo, en razón a la exigibilidad del derecho surgió el 21 de octubre de 2014 (fl. 27 del archivo 01 del expediente digital), reclamo su reliquidación, en la misma data y la entidad resuelve la solicitud en forma desfavorable con Resolución GNR 109678 del 16 de abril de 2015 (fl. 27 del archivo 01 del expediente digital), volviendo a presentar reclamación el 6 de abril de 2017, y la entidad resuelve su pedimento con Resolución SUB 73883 del 24 de mayo de 2017, e impetro la demanda ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral el 8 de noviembre de 2019 (fl. 45 del archivo 01 del expediente digital),

motivo por el cual, evidencia esta Colegiatura que operó el fenómeno prescriptivo estatuido en el artículo 151 del CPL[2].

De acuerdo a las anteriores argumentaciones, no es dable para esta Corporación ordenar la reliquidación pensional en los términos que anhela el promotor, conforme lo hasta aquí expuesto, razón por la cual se confirmara la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Laboral de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALIRIO GACHANCIPA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

---

[2] Sentencia SL5024 del 29 de septiembre de 2021

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS: Sin costas en la instancia, al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para 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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
RADICADO: 11001310500220197560 1
DEMANDANTE : ALIRIO GACHANCIPA
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2009, aplicando el 75% para obtener el valor de la primera mesada.*

Promedio Salarial Anual

Año 1992

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
14/08/92	***31/08/92***	*18*	*114.793,00*	*3.826,43*	*$ 68.875,80*		
01/09/92	***30/09/92***	*30*	*111.090,00*	*3.703,00*	*$ 111.090,00*		
01/10/92	***31/10/92***	*31*	*114.793,00*	*3.826,43*	*$ 118.619,43*		
01/11/92	***30/11/92***	*30*	*111.090,00*	*3.703,00*	*$ 111.090,00*		
01/12/92	***31/12/92***	*31*	*114.793,00*	*3.826,43*	*$ 118.619,43*		
Total días		*140*			*$ 528.294,67*	*$ 3.773,53*	***$ 113.206,00***

Año 1993

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/93	***31/01/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
01/02/93	***28/02/93***	*28*	*130.648,00*	*4.354,93*	*$ 121.938,13*		
01/03/93	***31/03/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
01/04/93	***30/04/93***	*30*	*139.980,00*	*4.666,00*	*$ 139.980,00*		
01/05/93	***31/05/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
01/06/93	***30/06/93***	*30*	*139.980,00*	*4.666,00*	*$ 139.980,00*		
01/07/93	***31/07/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
01/08/93	***31/08/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
01/09/93	***30/09/93***	*30*	*139.980,00*	*4.666,00*	*$ 139.980,00*		
01/10/93	***31/10/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
01/11/93	***30/11/93***	*30*	*139.980,00*	*4.666,00*	*$ 139.980,00*		
01/12/93	***31/12/93***	*31*	*144.646,00*	*4.821,53*	*$ 149.467,53*		
Total días		*365*			*$ 1.728.130,87*	*$ 4.734,61*	***$ 142.038,15***

Año 1994

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/94	***31/01/94***	*31*	*177.696,00*	*5.923,20*	*$ 183.619,20*		
01/02/94	***28/02/94***	*28*	*160.048,00*	*5.334,93*	*$ 149.378,13*		
01/03/94	***31/03/94***	*31*	*177.196,00*	*5.906,53*	*$ 183.102,53*		
01/04/94	***30/04/94***	*30*	*171.480,00*	*5.716,00*	*$ 171.480,00*		
01/05/94	***31/05/94***	*31*	*177.196,00*	*5.906,53*	*$ 183.102,53*		
01/06/94	***30/06/94***	*30*	*171.480,00*	*5.716,00*	*$ 171.480,00*		
01/07/94	***31/07/94***	*31*	*177.196,00*	*5.906,53*	*$ 183.102,53*		
01/08/94	***31/08/94***	*31*	*177.196,00*	*5.906,53*	*$ 183.102,53*		
01/09/94	***30/09/94***	*30*	*342.960,00*	*11.432,00*	*$ 342.960,00*		
01/10/94	***31/10/94***	*31*	*177.196,00*	*5.906,53*	*$ 183.102,53*		
01/11/94	***30/11/94***	*30*	*171.480,00*	*5.716,00*	*$ 171.480,00*		
01/12/94	***31/12/94***	*31*	*217.682,00*	*7.256,07*	*$ 224.938,07*		
Total días		*365*	*-*		*$ 2.330.848,07*	*$ 6.385,89*	***$ 191.576,55***

Año 1995

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/95	***31/01/95***	*30*	*256.866,00*	*8.562,20*	*$ 256.866,00*		
01/02/95	***28/02/95***	*30*	*232.008,00*	*7.733,60*	*$ 232.008,00*		
01/03/95	***31/03/95***	*30*	*256.866,00*	*8.562,20*	*$ 256.866,00*		
01/04/95	***30/04/95***	*30*	*248.580,00*	*8.286,00*	*$ 248.580,00*		
01/05/95	***31/05/95***	*30*	*256.866,00*	*8.562,20*	*$ 256.866,00*		
01/06/95	***30/06/95***	*30*	*540.012,00*	*18.000,40*	*$ 540.012,00*		
01/07/95	***31/07/95***	*30*	*300.769,00*	*10.025,63*	*$ 300.769,00*		
01/08/95	***31/08/95***	*30*	*300.769,00*	*10.025,63*	*$ 300.769,00*		
01/09/95	***30/09/95***	*30*	*291.433,00*	*9.714,43*	*$ 291.433,00*		
01/10/95	***31/10/95***	*30*	*300.769,00*	*10.025,63*	*$ 300.769,00*		
01/11/95	***30/11/95***	*30*	*296.426,00*	*9.880,87*	*$ 296.426,00*		
01/12/95	***31/12/95***	*30*	*914.844,00*	*30.494,80*	*$ 914.844,00*		

Total días		360			$ 4.196.208,00	$ 11.656,13	**$ 349.684,00**
Año 1996							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/96	**31/01/96**	30	359.426,00	11.980,87	$ 359.426,00		
01/02/96	**29/02/96**	30	337.113,00	11.237,10	$ 337.113,00		
01/03/96	**31/03/96**	30	359.426,00	11.980,87	$ 359.426,00		
01/04/96	**30/04/96**	30	339.774,00	11.325,80	$ 339.774,00		
01/05/96	**31/05/96**	30	359.426,00	11.980,87	$ 359.426,00		
01/06/96	**30/06/96**	30	1.156.019,00	38.533,97	$ 1.156.019,00		
Total días		180			$ 2.911.184,00	$ 16.173,24	**$ 485.197,33**
Año 1997							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/04/97	**30/04/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/05/97	**31/05/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/06/97	**30/06/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/07/97	**31/07/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/08/97	**31/08/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/09/97	**30/09/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/10/97	**31/10/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/11/97	**30/11/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
01/12/97	**31/12/97**	30	172.005,00	5.733,50	$ 172.005,00		
Total días		270			$ 1.548.045,00	$ 5.733,50	**$ 172.005,00**
Año 1998							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/98	**31/01/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/02/98	**28/02/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/03/98	**31/03/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/04/98	**30/04/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/05/98	**31/05/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/06/98	**30/06/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/07/98	**31/07/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/08/98	**31/08/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/09/98	**30/09/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/10/98	**31/10/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/11/98	**30/11/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
01/12/98	**31/12/98**	30	203.826,00	6.794,20	$ 203.826,00		
Total días		360			$ 2.445.912,00	$ 6.794,20	**$ 203.826,00**
Año 1999							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/99	**31/01/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/02/99	**28/02/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/03/99	**31/03/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/04/99	**30/04/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/05/99	**31/05/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/06/99	**30/06/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/07/99	**31/07/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/08/99	**31/08/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/09/99	**30/09/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/10/99	**31/10/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/11/99	**30/11/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
01/12/99	**31/12/99**	30	236.460,00	7.882,00	$ 236.460,00		
Total días		360			$ 2.837.520,00	$ 7.882,00	**$ 236.460,00**
Año 2000							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/00	**31/01/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/02/00	**29/02/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/03/00	**31/03/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/04/00	**30/04/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/05/00	**31/05/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/06/00	**30/06/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/07/00	**31/07/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/08/00	**31/08/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/09/00	**30/09/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		

01/10/00	**31/10/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/11/00	**30/11/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
01/12/00	**31/12/00**	30	260.100,00	8.670,00	$ 260.100,0		
Total días		360			$ 3.121.200,0	$ 8.670,00	**$ 260.100,00**
Año 2001							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/01	**31/01/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/02/01	**28/02/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/03/01	**31/03/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/04/01	**30/04/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/05/01	**31/05/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/06/01	**30/06/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/07/01	**31/07/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/08/01	**31/08/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/09/01	**30/09/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/10/01	**31/10/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/11/01	**30/11/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
01/12/01	**31/12/01**	30	286.000,00	9.533,33	$ 286.000,0		
Total días		360			$ 3.432.000,0	$ 9.533,33	**$ 286.000,00**
Año 2002							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/02	**31/01/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/02/02	**28/02/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/03/02	**31/03/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/04/02	**30/04/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/05/02	**31/05/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/09/02	**30/09/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/10/02	**31/10/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/11/02	**30/11/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
01/12/02	**31/12/02**	30	309.000,00	10.300,00	$ 309.000,0		
Total días		270			$ 2.781.000,0	$ 10.300,00	**$ 309.000,00**
Año 2003							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/03	**31/01/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
01/02/03	**28/02/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
01/03/03	**31/03/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
01/04/03	**30/04/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
01/05/03	**31/05/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
01/06/03	**30/06/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
01/10/03	**31/10/03**	30	332.000,00	11.066,67	$ 332.000,0		
Total días		210			$ 2.324.000,0	$ 11.066,67	**$ 332.000,00**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1992	140	9,700	69,80	7,196	$ 113.206,00	$ 814.616,37	$ 3.801.543,07
1993	365	12,140	69,80	5,750	$ 142.038,15	$ 816.660,88	$ 9.936.040,73
1994	365	14,890	69,80	4,688	$ 191.576,55	$ 898.055,30	$ 10.926.339,49
1995	360	18,250	69,80	3,825	$ 349.684,00	$ 1.337.421,55	$ 16.049.058,54
1996	180	21,800	69,80	3,202	$ 485.197,33	$ 1.553.521,74	$ 9.321.130,42
1997	270	26,520	69,80	2,632	$ 172.005,00	$ 452.713,01	$ 4.074.417,08
1998	360	31,210	69,80	2,236	$ 203.826,00	$ 455.849,24	$ 5.470.190,89
1999	360	36,420	69,80	1,917	$ 236.460,00	$ 453.182,54	$ 5.438.190,44
2000	360	39,790	69,80	1,754	$ 260.100,00	$ 456.269,92	$ 5.475.239,00
2001	360	43,270	69,80	1,613	$ 286.000,00	$ 461.354,29	$ 5.536.251,44
2002	270	46,580	69,80	1,498	$ 309.000,00	$ 463.035,64	$ 4.167.320,74
2003	210	49,830	69,80	1,401	$ 332.000,00	$ 465.053,18	$ 3.255.372,27
Total días	**3600**	**Total devengado actualizado a:**				**2009**	**$ 83.451.094,12**
Total semanas	**514,29**	**Ingreso Base Liquidación**					**$ 695.425,78**
Total Años	**10,00**	**Porcentaje aplicado**					**75%**
		Primera mesada					**$ 521.569,34**
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				**2009**	**$ 496.900,00**

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 521.569,00	$ 483.376,00	$ 38.193,00	5,00	$ 190.965,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 532.000,00	$ 493.043,52	$ 38.956,48	14,00	$ 545.390,7
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 548.864,00	$ 535.600,00	$ 13.264,00	14,00	$ 185.696,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 569.337,00	$ 566.700,00	$ 2.637,00	14,00	$ 36.918,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 589.500,00	$ 589.500,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
06/04/14	31/12/14	1,94%	$ 616.000,00	$ 616.000,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 644.350,00	$ 644.350,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 689.455,00	$ 689.455,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 737.717,00	$ 737.717,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 781.242,00	$ 781.242,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 828.116,00	$ 828.116,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 877.803,00	$ 877.803,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 908.526,00	$ 908.526,00	$ 0,00	13,00	$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 1.000.000,00	$ 1.000.000,00	$ 0,00	2,00	$ 0,0

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

Fecha liquidación lunes, 28 de febrero de 2022 Recibe: _____

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HOMERO LAVERDE LEÓN** 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 veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor HOMERO LAVERDE LEÓN solicita se declare que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de sobrevivientes por su cónyuge Sandra Liliana Ortega García (q.e.p.d.).

Como consecuencia de lo anterior, se condene al pago del 50% de la mesada pensional en calidad de cónyuge supérstite de Sandra Liliana Ortega; que se reconozca la prestación desde el 8 de abril de 2014, indexación e intereses de Ley, hasta que se efectúe el pago de la obligación; que se acrecenté la mesada pensional al 100% en los tiempos previstos por la Ley y que se vayan causando; a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que desde noviembre de 1998 empezó a convivir con Sandra Liliana Ortega García (q.e.p.d.) en forma ininterrumpida hasta su fallecimiento; que, en noviembre de 1999 la pareja contrajo matrimonio civil; que el 22 de abril de 2002 falleció la señora Ortega García; que en abril de 2014 solicitó el reconocimiento pensional; que mediante Resolución GNR 66263 negó la solicitud; que se impetró recurso contra el aludido acto administrativo, sin embargo, no se ha emitido respuesta alguna.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no se encuentran satisfechos los requisitos legales para el reconocimiento prestacional. Como medios **exceptivos**, propuso las de, carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena

fe, inexistencia de intereses moratorios; compensación, innominada o genérica (fl. 26).

Con auto del 17 de octubre de 2018 el juzgado de conocimiento se ordenó vincular a Laura Andrea Ortega García y Jeison Ricardo Aguirre Ortega (fl. 47).

Los **vinculados** se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que la pareja no convivió durante dos años continuos y tampoco existió ayuda mutua, visualizándose situaciones que trajeron como consecuencia el abandono de la residencia conyugal. Como medios **exceptivos** propuso los de temeridad y mala fe y falta de requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes (fl. 73).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 15 de diciembre de 2021, resolvió; **absolver** a la entidad de las pretensiones incoadas; **condenó** en costas al demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Sin embargo se precisa que si bien los dos últimos testigos citados reafirmaron la convivencia de la pareja en mención, se advierte que la declaración entró en contradicción con la prueba testimonial evacuada a petición de litisconsorcio necesario, específicamente con los testimonios de Edwin Bernal García hermano de la causante y Flor Alba García Ramírez madre de la causante, quiénes manifestaron que el accionante y la causante contrajeron matrimonio el día 23 de noviembre del año 1998, ver registro civil de matrimonio visible a folio 14 luego de un tiempo breve de noviazgo, teniendo en cuenta que los antes citados se conocieron a finales del año 1998, se indicó por los Testigos último citados que por motivos de la infidelidad del accionante con la hermana de la testigo María Eugenia Chaparro en el mes de septiembre del año 2001 la convivencia de la pareja se interrumpió produciéndose la separación de cuerpos…"*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, solicita se revoque la sentencia al discurrir que, la convivencia de la pareja se encuentra acreditada; que se dio credibilidad a la madre y hermano de la afiliada fallecida, quienes no tienen conocimiento de los padecimientos médicos de la señora Sandra Liliana Ortega; en tercer lugar, reprocha el monto de las costas y agencias en derecho tasadas en primera instancia.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de la parte **demandante**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al estimar que, al analizar las pruebas recaudadas en el trámite procesal, en especial el acto administrativo emitido por la encartada, se puede corroborar la convivencia del demandante con su esposa.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se confirme el fallo emitido, al argüir que el demandante había solicitado con precedencia el reconocimiento pensional y este había sido negado al no acreditarse la convivencia con la afiliada, al ser esta intermitente.

La apoderada de los **vinculados** procesales, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, al considerar que el demandante no brindó ayuda a la señora Sandra Iliana en su enfermedad; que tampoco se encuentra acreditada la convivencia igual o superior a los dos años de la pareja.

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de lo expuesto en la Resolución GNR 132607 de 23 de abril de 2014, en el que se señala como fecha de presentación de la reclamación el 8 de abril de 2014 y frente a la cual la entidad resolvió en forma desfavorable la solicitud (fl. 13).

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S., esta Sala procede a analizar si el señor Homero Laverde León en calidad de cónyuge, es beneficiario de la pensión de sobreviviente de la señora Sandra Iliana Ortega García (q.e.p.d.), de ser afirmativa la anterior premisa, se deberá establecer el retroactivo causado a favor del citado señor.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la Resolución GNR 66263 del 7 de marzo de 2015 (fl. 9); copia del recurso de reposición impetrado contra acto administrativo (fl. 12); copia de la Resolución No. GNR 132607 del 23 de abril de 2014 (fl. 13); copia de Registro Civil de Matrimonio (fl. 14); copia del registro civil de

nacimiento de la señora Sandra Iliana Ortega García (fl. 15); copia de Registro civil del demandante (fl. 16); copia del registro civil de defunción de la señora Ortega García (fl. 17); declaraciones extra juicio (fl. 18 a 21); copia del registro civil de Laura Andrea Ortega García (fl. 62); copia del registro civil de nacimiento de Jeison Ricardo Aguirre Ortega (fl. 63); probanzas de las cuales se colige, que SANDRA ILIANA ORTEGA GARCÍA falleció el 22 de abril de 2002, folio 17 y que se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en Colpensiones, por lo que, la entidad le reconoció y ordenó pagar una pensión de sobrevivientes a los hijos de la afiliada, señores, Laura Andrea Ortega García y Jeisson Ricardo Aguirre Ortega, mediante Resolución No. 34025 del 19 de octubre de 2005 (fl. 9, Resolución No. GNR 66263 del 2015). Supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 22 de abril de 2002 como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 14, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula:

> «…***ARTÍCULO 46.*** *Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
> *a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley."*

De cara a lo anterior, se evidencia la consumación del presupuesto inicial por parte de SANDRA ILIANA ORTEGA GARCÍA (q.e.p.d.), ya que, para la calenda de su deceso, cotizó la densidad de semanas requeridas en la preceptiva legal para que sus hijos accedieran a tal derecho, de acuerdo a la información adosada en la Resolución GNR 132607 del 23 de abril de 2014 (fl. 13).

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiario del señor ORTEGA GARCÍA, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, se debe traer a colación lo dispuesto en el artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, que a la letra señala.

"ARTÍCULO 47. *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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 por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido (…)» (Resalta fuera de texto)

Al respecto se tiene, a folio 14 del cartulario copia del Registro Civil de Matrimonio celebrado entre Sandra Iliana Ortega García (q.e.p.d.) y Homero Laverde León el 23 de noviembre de 1999, lográndose así demostrar la calidad de cónyuge del convocante a juicio.

Por otro lado, se tienen declaraciones extrajuicio rendidas por Jorge Alirio Chaparro Chinchigua y María Eugenia Chaparro Chinchigua[2], en la que, señalaron el 8 de enero de 2014, que,

> *"EL SEÑOR HOMERO LAVERDE LEON CON C.C. 7277443 DE MUZ(sic) CONVIVIÓ BAJO EL MISMO TECHO Y DE AYUDA MUTUA ININTERRUMPIDAMENTE CON LA SEÑORA SANDRA ILIANA ORTEGA GARCI (sic) CON C.C. 52.342.636 DE BOGOTÁ, DESDE EL MES DE NOVIEMBRE DE 1998 EN EL SIGUIENTE LUGAR DE RESIDENCIA CLL 133A N° 109 B (sic) 19 BARRIO VILLA MARIA HASTAS EL DIA DEL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA OCURRIDO EL 22 DE ABRIL DE 2002 EN LA CIUDAD (sic) BOGOTÁ"*

Igualmente, los señores, Yhon Fredy León y María Deonila León, hermano y madre del aquí demandante, señalaron, que la pareja convivió desde noviembre de 1998 hasta la fecha del deceso de la señora Sandra Iliana (q.e.p.d.) (fl. 20, 21).

En lo tocante a las declaraciones rendidas en el decurso procesal, se tiene que, Yhon Fredy León, compareció al trámite y en lo que interesa al recurso de apelación, informó que, la señora Sandra Ortega era la esposa de su hermano, que la pareja contrajo nupcias "*en el año 1998*"; que vivieron juntos hasta la fecha del deceso de la señora Sandra Iliana, residiendo "*en la casa materna de la señora Sandra Liliana*", que en la casa de habitación vivían también "*los niños Laura y Yeison y pues el núcleo familiar de Sandra que era su mamá y don Hernando Guevara*", siendo este último el "padrastro" de la *de cujus.*

Que él vivía diagonal a la casa donde vivía la pareja, que, el señor Homero y la señora Sandra vivieron en casa de la mamá de la afiliada "*…desde el año 98 hasta el momento que ella falleció y posteriormente mi*

[2] Folio 18 y 19

hermano siguió viviendo ahí aproximadamente hasta el año 2006 estuvo pendiente de los niños"; que "*desde el tiempo que ellos contrajeron matrimonio fue la convivencia ininterrumpidamente, fue continua*", que el señor Homero no dejó, ni se separó de su hogar durante el tiempo que duró el vínculo matrimonial; que la señora Sandra Iliana dependía económicamente de su cónyuge, el señor Homero, quien era el encargado de reclamar medicamentos y solicitar las citas médicas que ella requiriera para su tratamiento médico; en cuanto a la vida de pareja, señaló que, se reunían "*…ahí en la casa o en la iglesia también donde se congregaban, también estuve en el matrimonio de ellos y yo iba, muy, pues, no tan seguido, pero si nos reuníamos a veces y hacíamos almuerzos ahí en la casa de doña Flor, por ahí íbamos también tomábamos tinto y así como reuniones familiares*".

A su turno, María Eugenia Chaparro Chinchigua, cuñada del demandante, informó que el señor Homero y Sandra vivieron juntos, hasta la fecha del deceso de la afiliada, estimando que "*ellos duraron viviendo más o menos no sé cómo 6 años no sé, más o menos*", que se casaron en el año 1998; que la pareja vivió en "*la casa de la señora Flor, la mamá de Sandra*"; que no hubo ninguna interrupción en la convivencia; en cuanto a la regularidad en que se veía con la pareja precisó que, "*pues nosotros estuvimos por lo menos en el matrimonio de mi cuñado Omar, estuvimos en el matrimonio de una hermana de Sandra también, Marisol, creo que se llama, e íbamos constantemente a la casa de la señora Flor, pues así, como a veces, ellos compartíamos un café o una comida así, algo así como familiar*".

A su turno, Edwin Bernal, hermano de la señora Sandra Iliana, dijo conocer al demandante, "*más o menos del año 98 a principios del 98, a finales del 97, lo conocí porque él llegó a vivir a la casa de un vecino diagonal a la casa de mi madre donde habitábamos todos, él llegó a vivir con la señora Olga y con el señor Edison Galeano*"; que el señor Homero era conocedor de la afectación de salud de la señora Sandra, porque, "*él en alguna*

ocasión siendo amigo de nosotros nos acompañó al médico y él ya sabía de la enfermedad de ella."; que la señora Sandra al momento de precipitarse su deceso "*vivía con mi mamá, mi padrastro para ese momento, con Yeison, Laura y mi persona*".

Que el señor Homero no vivía con la señora Ortega, porque en septiembre del año 2001, ocurrió un incidente entre el demandante y un tercero y la pareja dejó de convivir en la misma casa; que "*él tenía contacto, él en alguna ocasión iba o algo, pero él ya no convivía en la casa.*", que "…*la convivencia empezó ellos se casaron en el 23 de noviembre de 1999 y convivieron hasta el momento en que se presentó el incidente al que hago mención*"; quienes brindaron ayuda a la de cujus, fueron sus hermanos mayores y su mamá; que al momento del deceso de la señora Sandra, quienes la acompañaron a la clínica fue su "*hermana Marisol, mi padrastro en un Renault 4 y mi hermano John*"; que en las ocasiones que su hermana era hospitalizada, el señor Homero iba y la visitaba pero quienes la acompañaban eran sus hermanos, su mamá o su padrastro.

Floralba García, madre de la señora Sandra, informó que, la pareja contrajo nupcias en noviembre de 1999; que su hija le "*colaboraba porque ella trabajó hasta lo último y ella tenía una pensión del papá de los niños que había fallecido tiempo antes*"; que la vida en pareja tuvo varias interrupciones, por cuanto, "*él se iba un mes, dos meses, volvía porque es que él tenía una relación con la señora Olga Chaparro*"; que convivieron un período corto del matrimonio y él se fue del hogar, "*siete meses antes él se fue*"; que cuando su hija tenía controles, o citas, él la acompañaba pero en forma muy esporádica; que "*ella estaba pensionada por la pareja que tuvo antes, ósea el papá de los niños*" y por ello, no tuvieron que sufragar gastos en las exequias, ya que el "*seguro realmente cubrió todos los gastos*".

De las declaraciones rendidas, se tienen que, todos al unísono señalaron que los señores Laverde y Ortega habían contraído nupcias y convivido en la casa de la progenitoria de la señora Sandra Iliana; que en el domicilio, a pesar de ser apartamentos o pisos independientes, se colaboraban en forma permanente y diaria.

Ahora bien, resulta claro, que la señora Sandra, no dependía económicamente de su esposo, ya que gozaba de una pensión reconocida por el fallecimiento del padre de sus hijos y por ello, el ente de seguridad social cubrió los gastos funerarios.

A su turno, el hermano del demandante, señor John Fredy León, precisó que el señor Homero se había casado en el año 1998 con Sandra y desde dicha data hasta su deceso vivieron juntos, sin embargo, al indagársele sobre la periodicidad o frecuencia en la que se frecuentaban o visitaban a la pareja, se limitó a decir que, no se veían tan seguido.

Por otro lado, la señora Eugenia Chaparro, informó que la convivencia de la pareja perduró desde el año 1998 (fecha en que se casaron) y por espacio de 6 u 8 años, de acuerdo a lo auscultado en varias oportunidades, luego entonces, tal declaración en forma alguna da credibilidad a esta Sala de Decisión respecto al tiempo de convivencia, si se tiene en cuenta, que la pareja se casó en el año de 1999 y la señora Ortega falleció en abril del 2002 (es decir cuatro años de acuerdo a lo dicho de la testigo).

Luego entonces, a pesar de vivir en el mismo barrio o sector que la pareja, el señor John y la señora Eugenia no los visitaban con frecuencia, tampoco tenían claro quien o quienes solventaban los gastos del hogar, que a pesar de indicarse que, el señor Homero era

quien pedía citas médicas o reclamaba los medicamentos, no ahondaron o suministraron informaron sobre el acompañamiento, cuando la señora estaba hospitalizada o si tal situación ocurrió, dejando entrever poca información, dada la complejidad médica que tenía la señora Sandra Iliana.

Ahora, en cuanto a las argumentaciones dadas por el hermano y la progenitoria de la señora Sandra, debe decir esta Sala de Decisión, que las mismas resultan verosímiles y creíbles, al dar detalles e información de la afiliada, de su vida en pareja con el señor Homero y además de ello, no desconocer que, a pesar de la aparente ruptura de su convivencia, el demandante iba en algunas ocasiones a visitarla; pero, no por ello, se puede desconocer, que también son enfáticos en señalar que, el matrimonio sufrió una fractura y que ello, llevó a una separación de cuerpos, que no se reanudó con el tiempo.

De acuerdo a la inconformidad planteada por el promotor litigioso, en lo atinente a la convivencia, presuntamente aceptada por la entidad convocada a juicio, debe precisar esta Sala de Decisión, que en la Resolución GNR 132607 del 23 de abril de 2014 Colpensiones señaló,

> *"…Que la valoración del acervo probatorio obrante en el expediente administrativo y de la documental allegada con el escrito de solicitud de prestaciones económicas no se logra determinar con claridad que la asegurada ORTEGA GARCIA SANDRA ILIANA haya convivido con el solicitante durante por lo menos los últimos cinco años de vida en una relación con vocación de permanencia, por cuanto el registro civil de matrimonio (única prueba obrante en el expediente respecto de la convivencia de los contrayentes) indica que la fecha de celebración del mismo fue aproximadamente 2,7 años antes del fallecimiento de la pensionada…"*

Así las cosas, de la convivencia, aparentemente aceptada por Colpensiones, no encuentra la Sala que dicha afirmación sea cierta, por

cuanto, el acto administrativo únicamente hace relación al vínculo matrimonial, pero en forma alguna, señala o acepta dicho interregno de tiempo como efectivamente vivido en pareja, dado el escaso material probatorio recaudado en el trámite administrativo.

Al unísono, debe precisarse que, en este punto, la H. Corte Suprema de Justicia[3], se ha pronunciado, indicando que el trámite administrativo es totalmente ajeno y consecuencia de ello, independiente al trámite adelantado ante los estrados judiciales, siendo ineluctable el estudio de los requisitos legales para ordenar el reconocimiento pensional, luego entonces, no se comparte las apreciaciones hechas por la parte actora en este punto, es por ello, que indagar sobre la vida personal de la pareja, es un evento apenas lógico, en aras de establecer si en efecto existió la convivencia por el término mínimo señalado en la norma.

Respecto a la credibilidad dada por la juez de conocimiento y por esta Sala de Decisión, a los testigos solicitados por los hijos de la señora Sandra Iliana, quienes fueron vinculados al trámite procesal, al habérseles reconocido la pensión de sobrevivientes, es decir, los señores Edwin Bernal y Flor Alba García, hermano y madre de la señora Ortega, debe recordarse que, son los integrantes del grupo familiar, más cercano de la pareja, al vivir bajo el mismo techo y tener de primera mano la información relativa a la convivencia.

Concluyéndose que, a pesar de que, estos dijeron que la pareja había vivido un tiempo junta, se itera, la relación se rompió, dando lugar a una separación de cuerpos, por lo que, es entendible y creíble las exposiciones dadas en su oportunidad y conocimiento directo de estas.

---

[3] Sentencia CSJ SL5472 del 26 de mar. de 2014, rad. 49460, reiterada en sentencia SL3045 del 22 de julio de 2020

En tal aspecto la H. Corte Suprema también ha sido enfática en señalar que, "*El artículo 167 del Código General del Proceso siguió con esa regla general de orientación sobre la carga de la prueba, pero estableció algunas excepciones que facultan al juez de oficio o a petición de parte, según las particularidades del caso, distribuir esa carga de la prueba, en tanto una de las partes debe probar el hecho frente al cual se encuentra en situación más favorable para aportar evidencias o esclarecer los hechos controvertidos;* ***y la parte que está en mejor posición para probar, es la que está más cerca del material probatorio, bien porque tiene en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales o por haber intervenido directamente en los hechos que originan el litigio, o ya porque la contraparte esté en estado de indefensión o de incapacidad, entre otras opciones***"[4] (Resaltado de la Sala).

Siendo ello así, es claro para la Sala que la decisión del A quo, resultó acertada, al no encontrarse plenamente acreditada la convivencia del demandante con la señora Sandra Iliana dentro de los dos años anteriores a su fallecimiento, máxime que el vínculo matrimonial inició en el año 1999 y se separó de cuerpo meses antes del deceso de la señora Ortega, sin cumplir los dos años de convivencia.

Así las cosas, como quiera que el demandante no acreditó que convivió con la señora SANDRA ILIANA ORTEGA GARCÍA (q.e.p.d.), dentro de los 2 años anteriores al fallecimiento de esta, es por lo que sin más consideraciones habrá de confirmarse la sentencia apelada.

En cuanto al socorro y ayuda mutua entre la pareja, tampoco se pudo colegir tal situación, con posterioridad a la separación, dado que, no se acopió al cartulario, documento alguno que acredite que el señor Laverde León acompañó a su pareja durante los últimos años de su

[4] Sentencia SL15780 de 2017

vida o convalecencia, máxime que ella padecía una enfermedad mortal y que causaba un grave deterioro en su salud.

DE LAS COSTAS PROCESALES

La parte demandante en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

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

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutiva condenar al demandante, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo del 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**., en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 15 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **HOMERO LAVERDE LEÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

SEGUNDO. COSTAS. En esta instancia estarán a cargo de la demandante.

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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de HOMERO LAVERDE LEÓN y a favor de Colpensiones en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($200.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LIDA ISABEL RONCANCIO HERRERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con C.C. No. 1.018.469.231 de Bogotá y portador de la T. P. No. 365.094 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de Porvenir S.A., conforme al poder de allegado vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora LIDA ISABEL RONCANCIA HERRERA solicita se declare la nulidad de la vinculación y traslado efectuada el 16 de junio de 2001 a Porvenir; se ordene el traslado de los aportes a Colpensiones y a que dicha entidad reciba a la actora; se reconozcan derechos conforme los derechos ultra y extra petita y se imponga condena en costas.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 30 a 31 de las diligencias, que en síntesis advierten, que prestó sus servicios a diversas entidades estatales; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales y cotizó un total de 174 semanas; que el 16 de junio d 2001 se vinculó a Porvenir; que no le fue suministrada asesoría al momento del traslado; que nació el 12 de diciembre de 1965; que devenga un salario de $4.783.000; que la entidad del Régimen de Ahorro Individual le realizó una proyección pensional, encontrando que esta sería equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; que el 10 de abril

de 2019 solicitó el traslado a Colpensiones, pero tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la afiliación cuenta con validez, dada la densidad de semanas cotizadas al RAIS. Como medios **exceptivos** propuso las de, cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (fl. 50).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al argüir que, la entidad le brindó una asesoría en forma idónea. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y existencia de causal de recusación (fl. 126).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 19 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS el 31 de mayo de 1999; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, saldos de la cuenta

individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, sin realizar ningún tipo de descuento; **condenó** a Colpensiones a recibir de Porvenir los valores que le sean trasladados y actualizar la historia laboral del demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** a Porvenir a pagar las costas procesales; **ordenó** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…De esta manera y teniendo en cuenta entonces las pruebas recaudadas en el proceso evidencia el despacho que las mismas no permiten establecer que Colpatria o porvenir al momento del tránsito del régimen de ahorro individual efectuado por la demandante le hubieran informado las características, ventajas y desventajas objetivos de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del acto que estaba celebrando pues como lo explico el tribunal de cierre de esta jurisdicción para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con qué se hubiera puesto de presente de manera muy general alguna de las peculiaridades del RAIS a la demandante, ni tampoco con la manifestación que quedó plasmada en el texto preimpreso del formulario de vinculación, circunstancias que de acuerdo con los razonamientos expuestos en la jurisprudencia citada impidieron que la usuaria contara con elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses que resultaba más benéfico en su caso y de ese modo expresar su voluntad de manera informada. En tal sentido se tiene entonces que dicha carga probatoria estaba radicada en cabeza de la administradora privada llamado a juicio tal como lo explicó la Corte Suprema de Justicia…".*

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que no se encuentran acreditados vicios del consentimiento, que no tenía una expectativa legítima pensional, tampoco era beneficia del régimen de transición; que para el año en que se efectuó el traslado, los fondos sólo estaban obligados a brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado y por ello, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que la demandante se trasladó a Colpatria y dicho fondo le suministró una asesoría; que tampoco obra en el cartulario prueba que demuestre que fue ejercida coerción para que ésta se trasladara de régimen; que el deber de información para la época del traslado consistía en brindar información necesaria, clara y suficiente pero nada más; que tampoco se dijo nada sobre los actos de relacionamiento y en el año 2001 se traslada a Porvenir y se le suministra información sobre su paso a dicha entidad; que la actora también tiene el deber de informarse sobre sus decisiones y no lo hizo; que tampoco es viable devolver los rendimientos financieros, gastos de administración y seguros previsionales, pues en lo tocante a los seguros, la entidad efectuó el pago a terceros con el fin de cubrir contingencias de la actora.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de **Colpensiones**, reclama la revocatoria de la sentencia, al estimar que, no existe elemento probatorio alguno que acredite un vicio del consentimiento de la demandante y a su turno, esta tampoco contaba con una expectativa legítima al no contar con 750 de semanas de cotización y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión; que la inconformidad de la trabajadora radica en el monto de la mesada pensional y actualmente se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM; que tampoco es viable invertir la carga de la prueba a las AFP.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al argüir que, el traslado efectuado por la actora al RAIS fue libre y voluntario, cumpliéndose con las obligaciones que tenía a su cargo la AFP; que, a pesar de tener la posibilidad de retornar al RPM, no lo hizo; que la inconformidad de la demandante radica en el monto de la pensión; que la devolución de gastos de administración es improcedente por ser sumas pagadas a terceros.

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 12 del expediente y en el cual se señala como fecha de reclamación el 10 de abril de 2019 y la cual fuere resuelta en forma desfavorable el 15 de abril de la misma anualidad (fl. 16).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, formulario de afiliación a Porvenir (fl. 4, 79); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 3); historia laboral consolidada

emitida por Porvenir (fl. 5, 98); copia de la reclamación presentada ante Colpensiones (fl. 12); respuesta de Colpensiones (fl. 16); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 17, 184); certificación emitida por el Hospital Universitario San Ignacio (fl. 23); certificado SIAFP (fl. 77); relación histórica de movimientos de Porvenir (fl. 80); resumen de historia laboral emitido por el Ministerio de Hacienda (fl. 91); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 97).

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

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando***

está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

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

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

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

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

«*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con*

exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.
Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.
Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando

se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho

causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de octubre de 1984 al 3 de enero de 1985, para seguir cotizando por intermedio de CAJANAL desde el 15 de mayo de 1989 hasta el 1° de diciembre de 1989 y del 4 de octubre de 1990 al 30 de diciembre de 1995, dado que prestó sus servicios para la Secretaria de Salud del Guaviare y la Caja de Previsión Social de Bogotá, tal como se advierte

de la certificación emitida por el Ministerio de Hacienda que obra en el expediente allegado por Porvenir S.A. (FL. 94); cotizando con posterioridad al Instituto de Seguros Sociales, del 1 de enero de 1996 al 16 de abril de 1999, cuando solicitó su traslado a la AFP Colpatria, que se fusionó con la AFP Horizonte y a su turno es absorbida por Porvenir S.A., fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al afirmar que su traslado se efectuó cuando "*estaba trabajando aquí en el hospital San Ignacio en salas de cirugía yo ingresé aquí en el 96 y estaba en salas de cirugía y estaban unos asesores de varias aseguradoras, no solo de Colpatria a ofrecernos que nos pasáramos al régimen de pensión de ellos, yo estaba en el Seguro Social y venía de la Caja de Previsión Distrital, a varios que estábamos en salas de cirugía nos decían que nos pasáramos y entre los mismos compañeros nos decían que era bueno porque nos podíamos pensionar más jóvenes, podíamos tener más plata para la pensión y que además el seguro se iba a acabar y que la empresa*

donde nos íbamos a pasar tenía más solidez que la otra, más o menos fue lo que pasó en ese tiempo…".

Al auscultársele respecto a la información suministrada por el asesor, ella fue enfática en precisar que, "*La verdad no fue mucha porque como habíamos varios entonces la información me la daban mis compañeros y yo en ese momento estaba trabajando y estaba en el turno de la tarde y entonces simplemente salí y me hicieron llenar un formulario y yo pensé que estaba bien, entonces por eso lo hice*" y el tiempo de duración de la charla fue muy corto y no leyó el formulario de afiliación.

Que el asesor no le informó sobre la creación de una cuenta de ahorro individual a su nombre, ni de la heredabilidad de los aportes, ni de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni rendimientos financieros, ni qué condiciones o requisitos debía cumplir para que le fuese reconocida la pensión, en lo relativo a los aportes efectuados en las cajas de previsión social, se limitaron a decirle que "*automáticamente pasaban al seguro social, yo trabajaba en la Fray Bartolomé, allá como se acabó todo eso, pues pasó al seguro social, pero no me dijeron así que iba a pasar, sino que por mis compañeros fue que me di cuenta de eso*".

El traslado efectuado en su oportunidad de Colpatria a Porvenir S.A., obedeció a que "*tengo las cesantías en Porvenir y otra vez llegó el asesor de Porvenir y me dijo que era mejor tener todo en la misma casa, que era más fácil para mí, entonces por eso lo hice*"

Una de las ventajas que tendría en el fondo privado, era que "*podía pensionarme más joven que eso me pareció como la machera y que si tenía la posibilidad podía ahorrar y de pronto salir con más pensión, que eso era como lo atractivo de eso*", que al principio recibió los extractos de su cuenta, pero ya después no volvió a recibirlos

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la

demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de Porvenir S.A.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS* ***debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida****. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
>
> *(…)*

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

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

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

COSTAS.

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor de la demandante, Lida Isabel Roncancio Herrera dado el resultado de la alzada.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 19 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LIDA ISABEL RONCANCIO HERRERA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, dadas las resultas de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor de la demandante, LIDA ISABEL RONCANCIO HERRERA en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

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 **LUIS IGNACIO MAYA PEÑA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Se reconoce personería para actuar a la abogada, Cielo identificada con C.C. No. 1.101.683.872 de Socorro y portadora de la T. P. No. 207.633 expedida por el C. S. de la J., para que actúe en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, conforme a la sustitución de poder allegada vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor LUIS IGNACIO MAYA PEÑA, solicita se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada a Porvenir el 12 de abril de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, reclama se ordene a Porvenir trasladar los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses y rendimientos causados a favor de Colpensiones; se ordene a Colpensiones recibir al trabajador sin solución de continuidad; se condene al pago de las costas y agencias en derecho, de acuerdo a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 55 a 57 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 28 de diciembre de 1960; que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de junio de 1989 hasta el 31 de mayo de 1999; que se afilió a Porvenir el 12 de abril de 1999; que al momento del traslado no le fue suministrado en forma oportuna la información idónea para adoptar la

aludida decisión; que antes de cumplir los 52 años de edad no fue advertido sobre la prohibición de trasladarse de régimen; que actualmente no se encuentra pensionado; que en enero de 2020 solicitó a Colpensiones tenerlo como su afiliado, sin embargo, la respuesta fue negativa; que a Porvenir le solicitó la anulación de su afiliación pero la respuesta también le fue desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, el afiliado se trasladó de régimen ejerciendo su derecho a la libre escogencia y con la información necesaria para adoptar tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso las de, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); Buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (fl. 81).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que, la entidad le brindó una asesoría en forma idónea y el traslado de régimen obedeció a una decisión libre e informada del actor. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 172).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS el 12 de abril de 1999; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, sin realizar ningún tipo de descuento; **condenó** a Colpensiones a recibir de Porvenir los valores que le sean trasladados y actualizar la historia laboral del demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** a Porvenir a pagar las costas procesales; **ordenó** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Teniendo en cuenta lo anterior evidencia el despacho que las pruebas enunciadas anteriormente no permiten establecer que Porvenir al momento de tránsito al régimen de ahorro individual del demandante le hubiera indicado las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias del traslado, pues en los términos explicados el tribunal de cierre de esta jurisdicción para el cumplimiento del deber de información, no bastaba con la manifestación que quedó plasmada en el texto preimpreso del formulario de vinculación y tampoco con que únicamente se hubiera puesto de presente de manera general algunas de las peculiaridades del RAIS…" .*

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que no se tuvo en cuenta que la entidad es un tercero entre la AFP y el demandante, por lo tanto, no puede ser beneficiada o perjudicada con la decisión emitida; que el

reconocimiento de una prestación económica a favor del demandante, genera un desequilibrio financiero a la entidad.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que la entidad brindó la información idónea al demandante, con la normatividad vigente para la época del traslado; que de acuerdo al interrogatorio rendido por el demandante, este afirmó que su representada cumplió con las obligaciones a su cargo y por ello, no es viable ordenar la ineficacia y tampoco la devolución de gastos de administración, ya que esto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que opera la prescripción frente a la devolución de gastos de administración, ya que, estos no son utilizados para el reconocimiento pensional.

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 demandada **Porvenir**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al argüir que, no fue acreditado ningún vicio del consentimiento por parte del afiliado; que el formulario fue suscrito por el afiliado en forma libre y voluntaria; que a pesar de garantizarse el derecho de retracto no se hizo uso de este; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en la Ley 100; que los gastos de administración y primas de seguros no hacen parte integrante de la pensión y por ello prescriben.

La apoderada de **Colpensiones**, señala que, la sentencia de primera instancia debe ser revocada, al no tener el demandante una expectativa legítima, al no contar con más de 750 semanas para la época de su traslado y le faltaban más de 25 años para pensionarse; que tampoco se demostró que se hubiese suministrado información equivocada al afiliado; que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar 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,

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 23 del expediente y en el cual se señala como fecha de reclamación el 31 de enero de 2020 y la cual fuere resuelta en forma desfavorable el 3 de febrero de la misma anualidad (fl. 25).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 15); certificación emitida por Colpensiones (fl. 16, 112); reporte de semanas cotizadas en

pensiones emitido por Colpensiones (fl. 17, 106); petición incoada a Colpensiones y Porvenir (fl. 23 y 31); respuesta de Colpensiones y Porvenir a derecho de petición (fl. 25, 33, 281); liquidación de pensión (fl. 28); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 37, 234); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 38, 238); declaración extraproceso rendida por el demandante (fl. 47); certificación emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia (fl. 50); expediente administrativo emitido por Colpensiones (fl. 80 medio magnetofónico); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (fl. 231, 235); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 233); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 247); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 264); certificado emitido por Asofondos – RUAF (fl. 279).

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*

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

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

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

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

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

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de

3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

> «*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro*».

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

> «*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*
>
> *1.* ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.
Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

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

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

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

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde

el 7 de junio de 1989 al 30 de abril de 1999, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente allegado por las partes en contienda, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 12 de abril de 1999 y hacerse efectiva tal determinación en junio de 1999, fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al afirmar que su traslado se efectuó "*en el año 1999 nos reunieron a los funcionarios del INCI, para presentarnos a la persona de Porvenir que nos iba a ofertar el traslado al Fondo de Pensiones Privado, escuchamos pues una serie de ventajas que íbamos a tener con ese traslado y pues los que estuvimos de acuerdo con hacerlo diligenciamos el formulario para tal fin…*".

Al auscultársele respecto a las ventajas ofrecidas en aquel momento, señaló que, "*como un ahorro que podíamos hacer a diferencia pues del Seguro Social, en donde dependiendo de ese ahorro podíamos tener una serie de beneficios, además en ese momento se nos dijo que era más seguro que tener*

la afiliación al Seguro Social, eventualmente porque podía descapitalizarse, entonces en ese momento junto con mis compañeros pues pensamos que era beneficioso hacer el cambio de fondo", agregando para tal efecto, que, "*representaba como un ahorro similar a una cuenta de ahorros y en la medida que uno pudiera hacer aportes adicionales, además pues de los descuentos mensuales de Ley, pues podía tener una pensión superior a la que eventualmente se podía tener, a parte de ese beneficio que no recuerdo pues en este momento que otros se ofrecían*".

De los rendimientos financieros, de los beneficiarios registrados en el formulario de afiliación, manifestó no recordar que le hubieren asesorado sobre tal aspecto y en cuanto a lo que podría ocurrir en caso de que este falleciera, señaló, que no le fue señalado nada en este aspecto, al momento de su traslado.

De los bonos pensionales señaló haber recibido información con posterioridad a la suscripción del formulario de afiliación, aunque, si es enfático que en el año 1999, le solicitaron certificaciones laborales para verificar las semanas de cotización con las cuales contaba para dicha anualidad y que empezó a recibir los extractos por parte de Porvenir a partir del año 2018 aproximadamente.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues se puede constatar que no le informaron respecto a las características mínimas del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de las demandadas, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS* ***debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida****. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*».

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

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor del demandante, Luis Ignacio Maya Peña, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 28 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS IGNACIO MAYA PEREZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR.**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, dadas las resultas de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor del demandante, LUIS IGNACIO MAYA PÉREZ en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

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 **JAIME ARTURO HIDALGO ALMEIDA** CONTRA **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 veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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 **Jheisson Santiago Garzón Piamonte**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.435.921 de Bogotá y tarjeta profesional 277.810 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Paula Huertas Borda**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.020.833.703 de Bogotá y tarjeta profesional 369.744 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JAIME ARTURO HIDALGO ALMEIDA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al RAIS, por omisión de la información; al igual que su afiliación al RPM administrada por el otrora ISS, hoy Colpensiones, permaneció incólume y surte todos los efectos legales. Como consecuencia, pretende se ordene el traslado y su afiliación a Colpensiones, inscribir sin solución de continuidad su, como si nunca

se hubiere ido del mismo; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS; se condene a lo probado *ultra y extra petita* costas y agencias en derecho (fls. 2 a 3 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 8 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 20 de febrero de 1957. Que estuvo afiliado al otrora ISS desde diciembre de 1978. Que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. en marzo de 2004, sin que se le informara ningún aspecto general propio respecto de su afiliación y su futuro pensional en el RPM; no se le advirtió que una vez cumplidos los 52 años de edad no tendría la posibilidad de regresar al ISS; tampoco se tuvo en cuenta las semanas de cotización, ni se le informó que en el fondo privado su pensión de vejez de ninguna manera superaría un 25% del IBC, no se le informó cómo se pensionaría en el ISS ni en el fondo privado; por el contrario, afirma que el asesor de la AFP enfatizó en el respaldo y solidez que ofrecía el Grupo Aval al que pertenecía dicho fondo privado de pensiones, y en la grave situación económica del ISS. Agrega que, el asesor no le explicó las tres modalidades de obtener una pensión en el RAIS, que los cálculos estaban sometidos al mercado, ni tampoco las ventajas y desventajas de ambos regímenes. Por último, sostiene que, radicó petición ante las demandadas para persuadir el retorno al RPM, obteniendo respuesta negativa por parte de Porvenir, y sin obtener respuesta alguna por parte de Colpensiones.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a totalidad de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presente de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Añade que, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Finaliza afirmando que, en el presente caso, el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y innominada o genérica (fls. 9 a 39 archivo 02 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su

oposición a todas y cada una de las peticiones al considerar en esencia que, la vinculación de régimen pensional efectuado por el demandante al fondo administrado por Porvenir S.A. es completamente válida, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional), y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del mismo Decreto. En consecuencia, afirma sería improcedente declarar ineficaz este acto jurídico, debido a que este se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Agrega que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; de hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3° del Decreto 2071 de 2015. Concluye afirmando que el demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP, y que no es viable que, transcurridos más de 17 años de su traslado inicial de régimen pensional, alegue la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, resolvió continuar en el mismo realizando sus aportes.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 8 a 48 archivo 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 11 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado que realizó el demandante a la AFP Porvenir S.A., el 12 de marzo de 2004; **condenar** a Porvenir a devolver a Colpensiones dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como bonos pensionales, con sus intereses y frutos, esto es, los rendimientos financieros causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno; **ordenar** a Colpensiones a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 1º de noviembre de 1982, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral del demandante, en el RPM; **declarar** no probadas la excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Porvenir. (Archivo 14 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP Porvenir, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir, haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, en tanto no basta con la simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, en lo que respecta a la carga de la prueba, de conformidad con los artículos 167 del Código General del Proceso y 1516 del Código Civil, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que ellas persiguen, por tanto, le corresponde al aquí demandante probar los vicios del consentimiento alegados, lo que brilla por su ausencia en el presente caso. Añade que, la condena en costas y agencias en derecho presenta un detrimento patrimonial del fondo. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad de cada uno de los numerales.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en síntesis que, no existe razón alguna para imponerle a dicho fondo la

obligación de trasladar de régimen de pensiones al ahora demandante, toda vez que la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes que existían para el momento de la afiliación y sobre el monto de la pensión que obtendría, surgieron con mucha posterioridad. Añade que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no consagra expresamente la ineficacia en el traslado de régimen pensional por fallas en la información de los afiliados, al ser una norma de carácter eminentemente sancionatorio. Agrega que en la demanda se quiere hacer recaer en cabeza de la sociedad demandada toda la responsabilidad sobre el deber de información acerca de las consecuencias del cambio de régimen de pensiones, empero, el afiliado como consumidor financiero, tenía el deber de actuar con mediana diligencia según el Decreto 2241 de 2010. Sostiene que se obtuvieron confesiones en el interrogatorio de parte, en tanto el demandante afirmó que se presentaron 3 o 4 asesores, que no se acercó al ISS, y que no quedó debidamente probada la diferencia en la proyección de las mesadas pensionales. Solicita al Tribunal que en caso que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, no resulta viable que por parte de las restituciones mutuas, se ordene a la AFP demandada la devolución de los gastos de administración y primas previsionales, toda vez que dichas sumas son un mandato legal con destinación, que ya fueron invertidas en la forma establecida por la ley.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo opugnado, aduciendo para el efecto que la AFP Porvenir S.A. no valoró su situación pensional previa, y mucho menos se la explicó en la reunión de presentación del producto del traslado pensional, por manera que la resolución del caso de autos debe atender la doctrina probable emanada de la Corte Suprema de Justicia , según la cual el desconocimiento del deber de información por parte de la AFP deviene en la ineficacia del traslado.

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

durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año 2002, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 2006.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 2 a 3 del expediente administrativo emanado por la misma entidad.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JAIME ARTURO HIDALGO ALMEIDA al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, derecho de petición elevado ante las demandadas con sus respectivas respuestas (fls. 19 a 35 archivo 01 del expediente digital), formulario de traslado emanado de la AFP Porvenir S.A. (fl. 36 archivo 01 y fl. 50

archivo 07 del expediente digital), certificado de afiliación emanado de la AFP Porvenir S.A. (fl. 37 archivo 01 y fl. 51 archivo 07 del expediente digital), historia laboral emanada de la AFP Porvenir S.A. (fls. 38 a 64 archivo 01 y fls. 52 a 75 archivo 07 del expediente digital), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 05 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 14 del expediente digital).

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de febrero de 1957 hasta el 30 de abril de 2004, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 7 a 8 archivo 05 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 12 de marzo de 2004 (fl. 36 archivo 01 y fl. 50 archivo 07 del expediente digital);

fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones como consta en certificado obrante a folio 51 archivo 07 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 36 archivo 01 y fl. 50 archivo 07 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«(…) en el año 2004 yo estando laborando en el colegio, se presentaron unos 3-4 asesores, y en el momento en que nosotros salimos a descanso, nosotros teníamos un descanso aproximadamente de 30 minutos, el cual no podemos llamar propiamente descanso porque tenemos que estar cuidando a nuestros estudiantes. Entonces, se presentó el asesor y me habló acerca de Porvenir, de lo bueno que era Porvenir, que pertenecía al Grupo Aval, esa cantidad de oficinas, y en ese tiempo había ese rumor acerca de que se iba a terminar en*

ese tiempo el Seguro Social, hablamos con él como unos 15 minutos aproximadamente en el patio en el colegio y sin mayor información pues debido a lo que le comento, del temor que había que el ISS se iba a terminar, entonces yo firmé. (…) es que la asesoría fue muy básica, muy básica, inclusive cuando yo bajo pues estamos de pie (…)« (Archivo 14 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros constituyen una contraprestación a la AFP por el cumplimiento de su función.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

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

(…)

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

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

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

COSTAS

La demandada Colpensiones, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de condena en costas por el *A quo*, no obstante, ha de indicarse que la sentenciadora de primera instancia se abstuvo de imponer condena a cargo de la citada, dado que solo impartió tal concepto contra la AFP Porvenir.

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

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

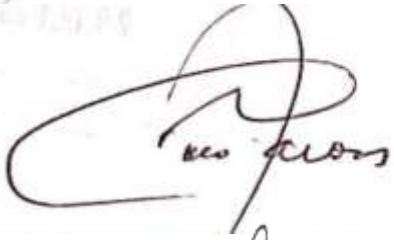
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 11 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JAIME ARTURO HIDALGO ALMEIDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**., conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIA CLAUDIA MESA SERRANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

---

[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

Se reconoce personería para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones, al abogado Javier Ramiro Castellanos Sanabria, identificado con C.C. No. 1.020.714.534 de Bogotá y portador de la T. P. No. 237.954 expedida por el C. S de la J., de acuerdo a la sustitución allegada vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARIA CLAUDIA MESA SERRANO, solicita se declare la nulidad de la afiliacion realizada a PORVENIR; se declare la libertad de afiliarse al RPM.

Consecuencia de lo anterior, solicita se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante; a que se libere y devuelvan los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses recibidos por la afiliada; al pago de costas procesales y derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 4 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 25 de octubre de 1957; que inicio su vida laboral en enero de 1990; que se afilio al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones hasta marzo de 1999; que un asesor de Colfondos y Porvenir le ofrecieron beneficios a la hora de pensionarse con menos edad y que Colpensiones se acabaría; que no le fue brindada información necesaria para trasladarse de régimen; que suscribió formulario con Colfondos el 1 de febrero de 1999 y a Porvenir el 20 de julio de 2006; que tiene

acumulado en el RAIS un total de $168.753.794; que en julio de 2019 diligenció formulario de afiliación a Colpensiones, pero tal pedimento fue rechazado; que el 18 de julio de 2019 presentó reclamación ante porvenir y el 5 de noviembre de la misma calenda ante Colfondos.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la demandante hizo uso del derecho de libre elección y por ello, se trasladó de régimen, adicionalmente, el aludido traslado es válido. Como medios **exceptivos** propuso los de, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (archivo 06 , carpeta Contestación de demanda, del expediente digital).

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÌAS PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la entidad había brindado la información idónea para que la actora adoptara la decisión de trasladarse. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 08 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÌAS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, suministró la información pertinente a la actora para que se efectuara el traslado de régimen. Como medios **exceptivos** propuso los de, 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 administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (carpeta 7 del expediente, archivo contestación de demanda).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 22 de octubre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir y Colfondos; **condenó** a Colfondos y a Porvenir a devolver los valores recibidos durante el interregno de tiempo que la demandante estuvo afiliada en dichos fondos; **autorizó** el descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir con ocasión del traslado de fondo; **declaró** que la actora se encontraba válidamente afiliada a Colpensiones; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colfondos; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

"…La administradora de pensiones demandada para efectos de suscitar el traslado inicial del ISS al Régimen de Ahorro Individual de la demandante no allega elemento probatorio suficiente con el propósito de acreditar que en este caso particular si le suministro a la parte actora la información necesaria y relevante qué llevo consigo la migración del régimen pensional recordemos qué frente a la forma cómo se dio la vinculación de la parte actora al RAIS en virtud

de la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP demostrar qué en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen. El despacho considera que ello no se cumplió, no puede establecerse en el proceso que para el año de 1999 que la parte actora se traslada al RAIS a través de la AFP C,olfondos hubiese recibido una información completa, veraz, precisa, suficiente y necesaria sobre estos dos regímenes pensionales tal como lo indican los precedentes judiciales anteriormente mencionados…".

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **COLFONDOS**, interpone recurso de apelación en forma parcial, contra la sentencia de primera instancia, al estimar que, los gastos de administración son descuentos autorizados por la Ley y corresponde a la compensación generada por la gestión adelantada por la entidad; que una parte de los gastos de administración se utilizó para contratar seguros a favor de la demandante y por ello, tales rubros se encontraban en posesión de terceros; que se estaría enriqueciendo sin justa causa Colpensiones, en caso de ordenarse la devolución de los aludidos gastos; que tampoco se puede ordenar el pago de estos conceptos con la respectiva indexación, generándose un doble pago.

La apoderada de **PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque íntegramente la sentencia, al precisar que, se están exigiendo requisitos que para la época del traslado de la actora, no tenían las AFP; que la promotora litigiosa desea retornar al RPM, al estimar que el monto de su mesada pensional sería superior en dicha entidad y no donde actualmente se encuentra; que debe estudiarse y valorarse en forma idónea el interrogatorio de parte; que tampoco se debe ordenar la devolución de los gatos de administración, ya que estos fueron utilizados para cubrir riesgos del demandante; que la afiliada no tiene derecho a los rendimientos financieros; que estando en el RPM, los rendimientos no hubieran sido tan altos; que se debe aplicar la excepción de prescripción.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia, ya que la actora alega una falta al deber de información, pero desconoce los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el RPM; que, la razón de la actora para regresar a Colpensiones es netamente económico; que se afecta la sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado.

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 **Porvenir S.A**, reclama se revoque la sentencia, al estimar que el traslado efectuado por la actora al RAIS fue libre y voluntario, cumpliéndose con las obligaciones que tenía a su cargo la AFP; que, a pesar de tener la posibilidad de retornar al RPM, no lo hizo; que la inconformidad de la demandante radica en el monto de la pensión; que la devolución de gastos de administración es improcedente por ser sumas pagadas a terceros.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al estimar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir en forma voluntaria el formulario de afiliación; que la afiliada se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM, ya que en la actualidad cuenta con 61 años de edad; que también existió omisión por parte de la trabajadora, al no consultar o indagar sobre su situación pensional.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 6 (archivo 02 - pruebas), y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable a la peticionaria el 23 de julio de 2019 (fl. 8 del archivo 02 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los recursos incoados por los apoderados de las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por María Claudia Mesa Serrano, al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía (fl. 4 del archivo 02 Prueba); copia de la reclamación efectuada a Colpensiones, Colfondos, Porvenir (fl. 6, 12, 48 del archivo 02 Prueba, fl. 71 del archivo 08); respuesta de Colpensiones, Porvenir y Colfondos al derecho de petición (fl. 8, 14, 31, 50 del archivo 02 Prueba, fl. 73 archivo 08 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Colpensiones (fl. 11 del archivo 02 Prueba y fl. 41 de la carpeta 6, archivo contestación); formulario de afiliación a Porvenir y Colfondos (fl. 16, 33, 57 del archivo 02 Prueba, fl. 100 archivo 07 del expediente digital, fl. 75 del archivo 08); copia de historia laboral consolidada emitida por Porvenir S.A. (fl. 17 y 34 del

archivo 02 Prueba y fl. 26 archivo 08 del expediente digital); simulación pensional emitida por Porvenir (fl. 27 y 44 del archivo 02 Prueba, fl. 76 archivo 08 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitidas por Colpensiones (fl. 42 archivo 06 del expediente digital, carpeta de contestación); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 99 archivo 07 del expediente digital y fl 84 archivo 8 del expediente digital); reporte del estado de cuenta de la afiliada emitido por Colfondos (fl. 101 archivo 07 del expediente digital); relación histórica de movimientos de porvenir (fl. 37 archivo 08 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 70 archivo 08 del expediente digital); certificado emitido por el ministerio de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales (fl. 80 archivo 08 del expediente digital)

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de* esta *Sala no* ***podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (…)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente

el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.
Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida

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

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre

regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.
Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

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

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho

causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.
Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de diciembre de 1991 al 31 de agosto de 1997, tal como se advierte de la historia laboral allegada por las partes intervinientes en el litigio, para luego afiliarse a Colfondos el 1° de febrero de 1999 y luego se trasladó a Porvenir el 20 de julio de 2006 (fl. 75 archivo 08 y fl. 100 archivo 06 del expediente digital) fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social

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

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 100 archivo 07 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 la afiliación efectuada a Colfondos en 1999, obedeció a que, un asesor de Colfondos se le acercó y le pidió unos minutos de su tiempo "*me preguntó primero que todo queda dónde estaba afiliada, yo le dije que al Seguro Social, entonces lo primero que me dices que el Seguro Social se iba acabar y que mis aportes estaban en riesgo, que traía una propuesta muy buena…"*

Le informó que Colfondos *"…tenía ventajas beneficios, sin limitaciones y restricciones y cuáles eran las ventajas, las ventajas que era que yo me podía pensionar antes voy a tener una pensión más alta y que si no me quería prestar de ninguna de esas dos por las podía solicitar mis aportes en cualquier momento sin limitaciones y sin restricciones entonces en la me habló de todos esos beneficios entonces pues yo viendo esas garantías le dije yo, que el formulario de afiliación porque me pareció que era muy bueno*".

El movimiento de Colfondos a Porvenir, obedeció a que este último, le ofreció una mesada pensional más alta que la que le podía ofrecer Colfondos.

Pese a lo anterior, los asesores no le explicaron qué, ocurriría con las semanas cotizadas a dicha data, tampoco las condiciones o requisitos que debía cumplir para que le fuera reconocida la pensión en el RAIS; ni que sus aportes podían ser heredables a sus beneficiarios, por lo que, se siente "engañada", al ver que no recibirá lo que le prometieron los fondos al momento de su afiliación.

A su turno, el representante legal de Colfondos, al rendir su declaración, indicó que el "*único documento soporte con el que cuenta la entidad es el formulario de vinculación que se aportó con la contestación de la demanda no, no, tenemos ningún otro documento soporte de asesoría previa o posterior*", ya que las asesorías para dicha época, eran brindadas en forma verbal.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colfondos S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Colfondos y Porvenir, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.
(…)
De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».

En tal virtud, no le asiste razón a las AFPs apelantes al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio

jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFPs, de reintegrar tales valores.

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

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

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

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

COSTAS.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, Porvenir y Colfondos, 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**., en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrès (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 22 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÌA CLAUDIA MESA SERRANO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colfondos, Porvenir S.A, Colpensiones dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las AFPs PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES a favor de la demandante, MARÌA CLAUDIA MESA SERRANO en la suma de $400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

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 **CARLOS HERNANDO LADINO** contra **CRISTAL 2010 S.A.S., CONSTRUC SOLIDARIOS LTDA y LUIS HUMBERTO SANDOVAL RODRÍGUEZ** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor CARLOS HERNANDO LADINO solidita se declare la existencia de un contrato de trabajo con LUIS HUMBERTO SANDOVAL RODRIGUEZ, la sociedad CRISTAL 2010 S.A.S. y CONSTRUC SOLIDARIOS LTDA desde el 4 de mayo de 2016 hasta el 23 de julio de 2018, cuando fue despedido sin justa causa, que devengaba un salario de $1.200.000 mensuales; que no recibió el pago de ninguna prestación social durante el vínculo contractual; que le adeudan la sanción moratoria y por no consignación de las cesantías; se debe reintegrar al demandante los aportes sufragados por este.

Como consecuencia de lo anterior, se debe condenar al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, horas extras diurnas, nocturnas, recargos dominicales y festivos, horas extras dominicales y festivas diurnas y nocturnas, causadas durante el vínculo contractual; a la devolución de aportes al sistema de seguridad social, en salud y pensión a favor del trabajador; sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa; indexación de los valores reconocidos; reconocer derechos que resulten probados y costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que prestó sus servicios a favor de Luis Humberto Sandoval Rodríguez como guarda de seguridad, en un edificio donde queda ubicada la empresa Cristal 2010 S.A., el 4 de mayo de 2016; que el servicio era prestado durante 24 horas y para ello, le asignaron un cuarto con baño para que viviera y descansaba cada 15 días; que el salario pactado fue de $2.000.000; que cuando iba

a empezar a trabajar el empleador le cambió las condiciones laborales, las cuales fueron aceptadas, dada la urgencia económica que tenía; que se encargaba abrir y cerrar puertas durante el día y la noche, realizaba el aseo de zonas comunes y jardines, diligenciaba las minutas a los residentes y visitantes del edificio; que en noviembre de 2016, suscribió contrato de prestación de servicios con Luis Humberto Sandoval; que el 23 de julio de 2018, le fue terminado el contrato sin justificación alguna; que el demandante solicitó conciliación ante el Ministerio de Trabajo, pero el señor Sandoval Rodríguez no compareció.

CONTESTACIÓN: **LUIS HUMBERTO SANDOVAL RODRÍGUEZ** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, entre las partes no existió contrato verbal ni escrito, ya que el único contrato existente es de origen civil y es entre Cristal 2010 SAS y CONSTTRUC SOLIDARIOS LTDA. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y enriquecimiento sin causa (fl. 79).

CRISTAL 2010 S.A.S, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, entre las partes no existió contrato verbal ni escrito, ya que el contrato celebrado con el demandante era civil. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa y abuso del derecho (fl. 89).

CONSTRUC SOLIDARIOS LTDA se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ya que, en su sentir, no existió contrato verbal ni escrito, ya que el único contrato existente es de origen civil. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa y abuso del derecho (fl. 155).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre Carlos Hernando Ladino y Luis Humberto Sandoval, Cristal 2010 S.A.S. y Construc Solidarios Ltda, entre el 7 de mayo de 2016 y el 23 de julio de 2018, teniendo como salario, la suma de $1.200.000; **condenó** solidariamente a los demandados a reconocer y pagar a favor del demandante, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías; **condenó** a los demandados a devolver los aportes sufragados por el demandante; **condenó** al pago de los aportes a pensión del 4 al 30 de julio de 2016, del 1 al 30 de marzo de 2018 y del 1 de mayo al 23 de julio de 2018; **declaró** no probados los medios exceptivos propuestos; absolvió de las demás pretensiones incoadas; condenó en costas a los demandados.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"...Con lo anterior se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del demandante, por lo que se presume que la relación estuvo regida por un verdadero contrato laboral quedando en cabeza de los demandados desvirtuar la presunción por lo cual deberán acreditar que en verdad lo que existió fue un contrato civil o comercial, sin embargo los encartados no lograron desvirtuar dicha presunción pues no se arrimó al plenario ninguna prueba que así lo acreditará y por el contrario de las mismas fácilmente se puede deducir que el actor estaba sometido a las exigencias de su empleador en cuanto las funciones, el pago como contraprestación, el sitio donde debía prestar el servicio, el horario y en general todas las condiciones del mismo, elementos con los cuales se puede declarar en primer lugar que entre el Señor Carlos Fernando ladino y los demandados Luis Humberto Sandoval quién ejercía como jefe inmediato de la copropiedad y quién contrató al aquí demandante Cristal*

2010 SAS, como sociedad propietaria del edificio Zahir propiedad horizontal y Construct Solidarios quienes suscribieron el expuesto contrato de prestación de servicios, existió una verdadera relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido…" .

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **demandada,** solicita se revoque la condena impuesta en lo tocante a cesantías, intereses, prima, vacaciones, sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por terminación del contrato sin justa causa y por la devolución de aportes a pensión, al encontrarse inobservado el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes; que el trabajador no prestó sus servicios en forma directa y personal; finalmente señala que, se debe absolver "*a mi poderdante y a Construcciones Solidaria Limitada, teniendo en cuenta que este señor lo único que hizo fue seguir los parámetros de Cristales para afiliarlo a la seguridad social, por lo cual no debe ser condenado solidariamente en ningún caso*"

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, entre las partes sí existió el contrato de trabajo y tal presunción no fue derruida por los convocados a juicio; que se encuentra acreditada la prestación del servicio de acuerdo al caudal probatorio recaudado en el decurso procesal y por ello, es viable fulminar condena contra los demandados.

La apoderada de las **demandadas**, reclama la revocatoria de la sentencia, al estimar que, su representado ocupó al demandante en forma esporádica y otorgando autonomía; que no cumplía un horario de trabajo ni salario mensual; que no se tuvo en cuenta la buena fe de su poderdante a la hora de imponer la sanción moratoria y por no consignación de las cesantías; que no se valoró en debida forma el material probatorio.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 7° de mayo de 2016 y el 23 de julio de 2018.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho y del mismo modo, determinar sí resulta procedente la condena por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y finalmente, la aplicabilidad de la solidaridad entre los convocados a juicio.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RELACIÓN LABORAL

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

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

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, en el que se encuentro los siguientes:

1. Certificado emitido por Adres (fl. 20).
2. Certificado de afiliación al sistema de salud (fl. 21).
3. Reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 23).

4. Acta emitida por la Inspección de Trabajo del 9 de octubre de 2018 (fl. 30).
5. Solicitud presentada por el demandante a la administración del Edificio Zahir P.H (fl. 31 y 104).
6. Recibo de pago suscrito por el demandante (fl. 99)
7. Contrato de prestación de servicios (fl. 102)
8. Comprobante de egreso emitido por Cristal 2010 (fl. 105, 108, 110, 113, 116, 119, 122, 125, 128, 132, 135, 138, 141, 144, 147, 150)
9. Cuentas de cobro presentadas por el actor (fl. 106, 109, 111, 114, 117, 120, 123, 126, 129, 133, 136, 139, 142, 145, 148, 151).
10. Facturas de venta (fl. 107, 112, 115, 118, 121, 124, 127, 131, 134, 137, 140, 143, 146, 149, 152)
11. Paz y salvo suscrito por el demandante (fl. 130).
12. Planillas de pago de aportes al sistema de seguridad social emitida por Asopagos (f. 167 a 187).

Del mismo modo fueron escuchados los testimonios de dentro del cual aparece el testimonio de Eliecer Sandoval, José Alfonso López Sandoval, Blanca Sánchez Rodríguez, así como los interrogatorios de parte practicados a Luis Humberto Sandoval, en calidad de persona natural y como representante legal de Cristal 2010 S.A.S. y Germán Rodríguez como representante legal de Construc Solidaria Ltda.

De esta manera, y en lo que atañe al testigo Eliecer Sandoval, este fue enfático en señalar que residió de 2015 a 2017, en el Edificio Zahir y allí conoció al señor Carlos, quien vivía en el mismo edificio, que el demandante, "*era el que nos abría en la madrugada o a veces tenía viajes tempranos laborales y era el que me abría y sabía que limpiaba el edificio y también hacía de jardinero porque esto hacía que él no estuviera en la puerta*"; que el actor era la única persona con las llaves de la puerta, por lo que,

debían esperar hasta que él llegara a la puerta o buscarlo para salir de las instalaciones.

A su turno, José López Sandoval, sobrino del demandado Luis Humberto Sandoval informó que, vivió en el edificio Zahir, y que el demandante vivía "*en uno de los apartamentos del primer piso del edificio*", agregando, que el servicio era prestado en forma esporádica, sin embargo, al auscultársele respecto a la forma en como ingresaban o salían los residentes del edificio, este señaló que había "…*una persona que atiende la portería siempre ha funcionado así, entonces se les da un teléfono y cuando llega una residente marca al teléfono y abre la puerta cuando van a entrar o salir*" y que, la administración de Cristal 2010 decidió dar por terminado el contrato de prestación de servicios por el "*llamado de atención de varios residentes y el mío pues al final que trató de increparme, entonces me pareció como un poco peligrosa esa parte…*" y cuando el declarante llegaba tipo 2 o 3 de la mañana, quien le abría era "*él o la persona que estuviera viviendo ahí*"

Blanca Sánchez, esposa del representante legal de Construct Solidarios Ltda., informó que ella es la encargada de realizar las afiliaciones y que "*…don Humberto dirigía a todos los empleados que él tiene y mi esposo lo único que hacía era ofrecer que la prestación de la seguridad social para ingresar a riesgos, Eps y pensión, a los empleados que tiene don Humberto Sandoval y los retiros, de todo, únicamente don Humberto Sandoval es el que se hacía cargo de todo, don Humberto Sandoval únicamente consignaba en el banco el valor de las planillas que se iban a pagar por la salud, pensión y riesgos, eso es todo*"

En lo tocante a la relación laboral, Humberto Sandoval, en calidad de demandado como persona natural y representante legal de Cristal 2010 S.A.S., informó que "*contrate con contrato de prestación de servicios para ese edificio*", con funciones de portero y no de guarda de seguridad; que en

algunas ocasiones el demandante llegó en estado de embriaguez y consecuencia de ello, le llamó la atención, adicionalmente, "*que el trabajador faltó muchas veces al trabajo y tenía contrato de prestación de servicios, así lo dicen los documentos que fueron aportados dentro del expediente respectivo*".

Que, como el demandante se ausentaba por períodos prolongados de tiempo, "*cada que él volvía se le firmaba nuevamente contrato de prestación de servicios, por lo cual quedaba interrumpido completamente el contrato de prestación de servicios y se reiniciaba era volviéndolo a afiliar a la seguridad social a través de don German Rodríguez que es nuestro agente legalmente autorizado cuando hay contrato de prestación de servicios, nunca lo afilió la empresa Cristal porque no era empleado de Cristal SAS, sociedad que yo represento*"; que las órdenes eran impartidas por el asistente del deponente.

Las funciones desplegadas por el demandante eran las descritas en el contrato de prestación de servicios, las cuales básicamente era "*de oficios varios, era abrir la puerta y hacer el aseo únicamente, a él no se le dio arma de dotación como afirma usted que era guarda de seguridad*", que no tenía horario, ya que, "*como a él se le dejaba dormir ahí, entonces él abría la puerta en los momentos que lo requerían*", ya que los residentes del edificio no tenían llaves de la puerta para ingresar y al tener "*un contrato de prestación de servicios que lo prestaba como quisiera, cuando estaba ahí el contrato era abrir la puerta y hacer el aseo, esa es la función de un contrato de prestación de servicios, es encomendarle una función determinada, pero cuando no quería hacerlo pues se iba y ahí era la prueba de lo anterior es que volvía otra vez a los 15, 20 días, un mes a seguir laborando*" y no tenía quien lo reemplazara en sus labores; que de la remuneración que devengaba el actor, se le descontaban los aportes al sistema de seguridad social para que a su turno, él remitiera el dinero al señor Germán y él efectuara el pago de dichos conceptos.

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Corporación, que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues del material probatorio aportado a las diligencias, se logró acreditar los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del C.S.T, así, en primer lugar, diáfana resulta la prestación personal de servicio, pues las partes así lo consintieron y de los testimonios escuchados, nada disímil se extrae, pues en conjunto, se logró demostrar que en efecto, el señor Carlos Hernando Ladino prestó su fuerza de trabajo para Cristal 2010 S.A.S., aspecto que toma firmeza con la documental que fuera allegada al informativo consistente en comprobantes de egreso (fl. 105, 108, 110, 113, 116, 119, 122, 125, 128, 132, 135, 138, 141, 144, 147, 150).

Debe resaltar esta Sala de Decisión que, a pesar de que se negó por el señor Luis Humberto Sandoval, la prestación personal del servicio, su declaración dio mayor credibilidad y certeza a que ello no fue así, por cuanto, resulta inverosímil que siendo el señor Carlos la única persona con las llaves de la puerta del edificio, dado que los residentes, no la tenían (de acuerdo a lo dicho por el demandado y por el testigo Eliecer Sandoval), este dejara su trabajo a la deriva y entonces, ¿quién les abría la puerta a los residentes?, ¿cómo conseguían los demandados a una persona para que lo reemplazara en forma intempestiva?, dejándose entrever que, el servicio fue prestado en forma continua por el demandante, desde el año 2016 hasta el año 2018.

Por otro lado, a pesar de haberse indicado de las aparentes ausencias del demandante por períodos prolongados de tiempo, y la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, al cartulario solo se acopió el suscrito el 7 de mayo de 2016 (fl. 102), desvirtuándose de esta

manera lo dicho por el demandado persona natural y en calidad de representante legal de la empresa Cristal 2010 S.A.S.

De lo expuesto en precedencia emerge indiscutible para la Sala que si bien es cierto, las partes suscribieron en un primer momento un contrato de prestación de servicios a fin de que el demandante ejecutara los oficios varios en el Edificio Zahir P.H, no menos cierto es, que conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en este caso en particular, se constata que el vínculo que unió a las partes fue de carácter laboral, en tanto es claro que existió una prestación personal del servicio humano, en virtud de la cual el demandante se desempeñó como trabajador, bajo la continua subordinación de la demandada Cristal 2010 S.A.S., pues como bien se extrae de los testimonios vertidos por Eliecer Sandoval y José Alfonso López Sandoval y el interrogatorio de parte absuelto por el demandado, Luis Humberto Sandoval Rodríguez.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que desde el mismo contrato de prestación de servicios profesionales que gravita a folios 106 de las diligencias, en el ítem 1° se indica «*EL CONTRATISTA en su calidad de oficios varios de construcción, se obliga para con el contratante a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas adicionales del presente documento*», por manera que, es patente que analizado todo lo anterior en su integridad, se evidencia una clara subordinación; en este entendido, resulta claro que estas órdenes e instrucciones iban más allá de un simple protocolo, pues realmente se denota que el demandado como empleador hizo uso de la potestad subordinante impartiendo órdenes, obligando al trabajador a acatarlas para que la labor fuera desarrollada conforme a sus directrices y que no fue contratado para labores de construcción,

como en principio se señaló, sino para hacer funciones de portero y cuidado de las zonas sociales del edificio.

Luego, fue acreditado que el demandante laboró para Cristal 2010 desde el 7º de mayo de 2016 al 23 de julio de 2018, pues dicho extremo se extrae del comprobante de egreso acopiado a folio 108 del cartulario, por lo que habrá de confirmarse lo resuelto por el *A quo* frente a este aspecto.

En lo tocante a la declaración laboral declarada con Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Construc Solidarios Ltda., de acuerdo a las pruebas testimoniales e interrogatorios, practicados, se puede concluir sin dubitación alguna, que el servicio fue prestado en el Edificio Zahir, de acuerdo a las instrucciones impartidas por el representante legal de Cristal 2010 o en su lugar, su representante o empleado, pero en forma alguna, el demandante prestó sus servicio a favor de la persona natural convocada o de Construc Solidarios, ya que esta última se limitó a afiliarlo al sistema de seguridad social integral.

DE LA SOLIDARIDAD

A pesar de que recurso de apelación no es un modelo a seguir, se puede evidenciar que la inconformidad de la parte demandada se enmarca en la decisión de condenar solidariamente a Construc Solidarios Ltda y Luis Humberto Sandoval Rodríguez a pagar las prestaciones sociales causadas a favor del demandante.

De cara a lo anterior, juzga conveniente resaltar esta Corporación que el asunto jurisdiccional feneció con sentencia condenatoria contra CRISTAL 2010 SAS, CONSTRUC SOLIDARIOS LTDA y LUIS HERNANDO SANDOVAL RODRÍGUEZ, ordenando el pago de cesantías,

intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías y los aportes a seguridad social en pensiones, derivados del nexo contractual laboral antes referenciado.

Pese a lo anterior, en forma alguna fue reclamada la existencia de una solidaridad, en el líbelo genitor y en el fallo objeto de reproche, se argumentó para declarar la solidaridad, la vinculación o afiliación realizada por Construc Solidarios Ltda como empleador del demandante, sin embargo, se echa de menos por parte de esta Sala de Decisión el análisis frente al artículo 1630 del Código Civil, el cual señala que "*puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor*".

Por otro lado, en *el sub examine* adquiere especial relevancia, el tipo de vinculación o relación entre las convocadas a juicio, encontrándose que, pues si bien no existe discusión en la existencia del Contrato de prestación de servicios celebrado entre el demandante y LUIS HUMBERTO SANDOVAL RODRIGUEZ, en calidad de representante legal de la empresa CRISTAL 2010 S.A.S., se debe tener en cuenta para ello, que el objeto social de dicha empresa es la *"CONSTRUCCIÓN, ADMINISTRACIÓN DE BIENES RAÍCES, COMPRA Y VENTA DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES Y COMISIONISTAS DE VENTA DE MUEBLES E INMUEBLES, INVERSIONES EN MONEDA NACIONAL O EXTRANJERA EN EL EXTERIOR…"*

Nótese que el objeto social de Construc Solidarios Ltda., es "*A. VENTA DE TODO TIPO DE SEGUROS, Y SERVICIOS ASISTENCIALES AL PLAN OBLIGATORIO DE LA SALUD Y MEDICINA PREPAGADA, POLIZAS DE CUMPLIMIENTO Y TODO TIPO DE PÓLIZAS; B. CONTRATAR Y SUMINISTRAR PERSONAL CON O SIN SUELDO, Y HACERSE CARGO A LAS AFILIACIONES AL OS, RIESGOS Y PENSIONES, PERSONAS*

ESTAS LAS CUALES PODRÁN SER UTILIZADAS PARA EMPRESAS INDUSTRIALES Y ESPECIALMENTE LA DE LA CONSTRUCCIÓN" (fl. 164).

Sobre este particular se ha dicho que para que exista solidaridad, a más de que la acción desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere la actividad específica desarrollada por el trabajador se enmarque en el contrato a desplegar, adicional a ello, se acredite el vínculo o relación que ata a las personas jurídicas aquí convocadas, situación que no se verifica en el sub lite, dado que, Cristal 2010 consignaba el valor de los aportes a Construc Solidario y este a su turno únicamente se encargaba de pagar los aportes.

Siendo cierto que, atendiendo la calidad que ostenta CRISTAL 2010 S.A.S., lo propio era que el ex trabajador demandante demostrara no solo que su labor fue prestada en el Edificio Zahir, el cual era administrado por Cristal 2010, sino los servicios prestados a favor de la persona natural y la empresa Construc Solidarios Ltda. Y el demandado persona natural, pues solo así sería viable predicar la solidaridad con los codemandados, sin embargo, nótese que esta última afilió como su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones al convocante a juicio, pero, de las pruebas recaudadas no se puede concluir que este fuera su empleador, ya que no impartía órdenes, ni pagaba la remuneración.

Finalmente, debe resaltarse que, el demandante alega haber prestado los servicios para los demandados, pero en manera alguna alegó o informó sobre una posible solidaridad entre los convocados a juicio en el escrito genitor, a tal conclusión se arribó únicamente con la afiliación efectuada al sistema de seguridad social.

De conformidad con las anteriores precisiones, es claro, que en el sub lite, se encontró únicamente acreditada la prestación del servicio frente a Cristal 2010 S.A.S., a través de su representante legal o por intermedio de su asistente y no frente a los demandados Luis Humberto Sandoval Rodríguez y la empresa Construc Solidarios Ltda., por lo que, se modificará la sentencia en lo tocante a la solidaridad declarada contra los aludidos convocados a juicio, para tener únicamente como empleador a la empresa Cristal 2010 S.A.S.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Reclama la pasiva, se revoquen las condenas impuestas contra Cristal, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías, no es posible acceder a su solicitud, dado que, en esta instancia, estamos confirmando la existencia de la prestación del servicio prestado por el demandante.

DE LA SANCIÓN MORATORIA Y POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

La acreencia laboral que debate la activa se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra.

Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*

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

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

Ahora, descendiendo a los reparos elevados por la apoderada de la parte demandada al manifestar que sus representados actuaron de buena fe, sin embargo, debe recordarse que es precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

Así, bajo tales disposiciones y en tratándose de la demostración de un acto propio, indiscutible resulta concluir que es el empleador el que debe controvertir con pruebas el devenir correcto en su proceder, tal como lo manifestó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL

3936-2018 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al enseñar:

> *«Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso,* ***el empleador no aporte*** ***razones satisfactorias y justificativas de su conducta.*** *Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos* ***por la defensa*** *son razonables y aceptables.*
>
> *(…)*
>
> *Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y* ***dicha carga probatoria le corresponde a la accionada*** *(…) ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto»* (acentúa la sala)

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de la empresa Cristal 2010 S.A.S. a la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías, y que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues no obra dentro de las diligencias probanza que demostrara para el 23 de julio de 2018 diligencia en el pago, o por lo menos, motivos excepcionales para no efectuarlo, máxime que, utilizó a un tercero para efectuar los pagos de aportes al sistema de seguridad social y durante el vínculo contractual tampoco pagó acreencias laborales, por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este punto.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS

Sin costas en esta instancia dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28º) Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de noviembre de 2021, en el sentido de **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo entre **CARLOS HERNANDO LADINO** y **CRISTAL 2010 S.A.S.**, a través de su representante legal, entre el 7 de mayo de 2016 y el 23 de julio de 2018, con un salario de $1.200.000.

SEGUNDO. MODIFICAR los numerales 2, 3 y 4 de la sentencia apelada, en el sentido, de **CONDENAR** al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y devolución de aportes únicamente a **CRISTAL 2010 S.A.S**, a través de su representante legal y a favor de **CARLOS HERNANDO LADINO**.

TERCERO: COSTAS. Sin costas, dadas las resultas del recurso de 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

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 **HEIDY ANDREA CELY ARÉVALO** contra la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora HEIDY ANDREA CELY ARÉVALO solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la CORPORACIÓN NUESTRA IPS, entre el 24 de febrero de 2010 y el 5 de junio de 2017; que devengaba un salario de $1.359.000 mensuales; que le reconocían en forma mensual, la suma de $367.400, los cuales son constitutivos de salario; que dejó de recibir el aumento salarial acordado en el año 2017; que se empezaron a presentar demoras en el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social a partir del año 2017; que el contrato feneció por causal imputable al empleador.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la CORPORACIÓN NUESTRA IPS a reliquidar las prestaciones sociales causadas durante la relación laboral, teniendo en cuenta los factores salariales; a pagar los salarios y liquidación adeudados a la terminación del vínculo contractual; a pagar la sanción moratoria, así como la indemnización por terminación del contrato con justa causa imputable al empleador; sanción por no consignación de cesantías; a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; indemnizaciones que se encuentren probadas, indexación de las sumas reconocidas y las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 4 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 24 de febrero de 2010; que el cargo desempeñado fue el de “enfermera jefe promoción y prevención” de salud; que cumplía horario; que el salario básico pactado fue de $1.359.000; que le era reconocida mensualmente la suma de $367.400,

en forma adicional y sin ningún tipo de condicionamiento; que a partir de agosto de 2016, la demandada empezó a presentar mora en el pago de salarios; que no le hicieron el pago de cesantías causadas durante el año 2016; que el 5 de junio de 2017 renunció al cargo por la constante mora en el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social; que el 24 de febrero de 2020 reclamó el pago de la liquidación y acreencias causadas a su favor; que se dio respuesta desfavorable el 29 de octubre de 2020 .

CONTESTACIÓN: Con auto del 11 de agosto de 2021, el Juzgado de conocimiento dio por no contestada la demanda por parte de Corporación Nuestra IPS (Archivo 007 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y la Corporación Nuestra IPS entre el 24 de febrero de 2010 y el 4 de junio de 2017; **condenó** a la demandada a pagar salarios, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones; y reliquidar las cesantías del año 2016, así como el pago de aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones en suma adicional a $421.000; **condenó** en costas a la demandada; **absolvió** de las demás pretensiones a la demandada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…no obstante lo anterior para que proceda la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora en el pago, la demanda debe ser presentada dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de terminación de la relación laboral, la relación laboral terminó el 5 de junio del año 2017 si la parte demandante pretendía la moratoria del artículo 65 del código*

sustantivo de trabajo consistente en un día de salario por cada día de mora en el pago debió instaurar la demanda ordinaria laboral hasta el 4 de junio del año 2019 y no lo hizo, la demanda fue radicada en el año 2021 esto es el 22 de junio del año 2021, esto es 4 años después de haber finiquitado la relación laboral y aquí no estoy hablando de prescripción porque es un fenómeno jurídico completamente diferente y la prescripción debe ser alegada, lo que estoy señalando es que la demanda no fue radicada dentro los 24 meses siguientes a la fecha de terminación de la relación laboral…" .

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la demandante, **Heidy Andrea Cely Arévalo** solicita se modifique e imponga condena respecto a la sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, al estimar que la conducta de la demandada es carente de buena fe; que se solicitó en varias oportunidades el pago de las acreencias laborales y tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable; que si bien se entendió que la demandante disfrutó de las vacaciones durante el último año de servicios y recibió el pago de las cesantías del año 2016 de acuerdo a lo expuesto en el interrogatorio de parte, ello no ocurrió y para ello, se debía tener en consideración los factores que afectaban la contabilidad de la empresa.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales

se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar si se puede tener el interrogatorio de parte rendido por la demandante, como prueba suficiente, para dar por demostrado el pago de las cesantías del año 2016 y el disfrute de las vacaciones durante los dos últimos períodos de tiempo del vínculo contractual; así mismo, concretar la procedencia en fulminar condena a título de indemnización moratoria y de sanción por no consignación de las cesantías reclamadas con el líbelo genitor.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así se logró corroborar con la certificación emitida por la Corporación Nuestra IPS, al no comparecer la convocada a juicio al trámite, adicionalmente, se puede colegir tal situación con los medios probatorios analizados bajo los apremios de los artículos 60 y 61 del CPT; en especial, certificación laboral (fl. 15 a 17 archivo 01 del expediente digital); comprobante de nómina emitido a la demandante (fl. 18 a 21 del expediente digital); reclamación efectuada a la demandada (fl. 22 del expediente digital); respuesta a derecho de petición (fl. 24 archivo 01 del expediente digital); certificación emitida por la EPS Famisanar (fl. 27 archivo 01 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 31 archivo 01 del expediente digital), probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que Heidy Andrea Cely Arévalo laboró al servicio de Corporación Nuestra IPS desde el 24 de febrero de 2010, bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido, devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma básica equivalente a $1.683.300; mismo que feneció el 5 de junio de 2017 como lo declaró el *A quo* y no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los restantes reparos elevados en el recurso de alzada[2].

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

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

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

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

[2] Artículo 66A del CST.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si la demandada logró acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, no se pasa inadvertido que el demandado afilió a la actora al sistema de seguridad social, en salud y pensión, de acuerdo a la certificación emitida por la EPS Famisanar S.A.S. y Porvenir, de acuerdo al haz probatorio acopiado por la parte demandante[3], así mismo, se tiene claro que éste le pagaba los salarios a la actora, quedando en deuda únicamente el mes de mayo y los cinco días laborados en junio; que al finalizar el año de servicios le pagaba la liquidación del contrato de trabajo respectivo, afirmación que se puede extraer del interrogatorio rendido por la actora, quien señala que, únicamente le "*quedaron debiendo la liquidación y dos sueldos*".

Pese a ello, tampoco se puede obviar que, la Corporación Nuestra IPS, el 29 de octubre de 2020, al dar respuesta al derecho de petición incoada por la ex trabajadora[4], exteriorizó;

> *"Frente a la pretensión de los pagos de aportes me permito informar que la* ***CORPORACIÓN NUESTRA IPS*** *se encuentra adelantando las gestiones administrativas pertinentes y necesarias que permitan prontamente realizar el desembolso de los pagos pendientes por los conceptos referenciados, ya que, actualmente la institución se encuentra atravesando una situación económica desfavorable, por lo tanto, tan pronto se cuente con los recursos, se procederá con la transferencia de los mismos, a su vez, se realizará la*

[3] Folio 27 a 35 del archivo 01 del expediente digital
[4] Folio 24 archivo 01 del expediente digital

respectiva comunicación en la fecha del pago de los valores restantes y a enviarle los soportes de pago correspondientes.

Recalcamos que, la Corporación no ha tenido el ánimo de perjudicar o desmejorar las condiciones de nuestros colaboradores y excolaboradores, pues en ningún momento se ha actuado de manera caprichosa o de mala fe, al contrario, esta administración continúa desplegando todas las actividades para la obtención de los recursos, y con ello agilizar el pago prioritario de las acreencias de los trabajadores y extrabajadores, las cuales no se desconocen. Se realizará la respectiva validación con el área de nómina de su situación para agilizar el proceso de autorización y desembolso.

Pongo en su conocimiento, que por consecuencia de las decisiones jurídicas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud, en Resolución No 004344/2019 que implementó medida cautelar en virtud de la cual, se congelaban los giros y recursos para suplir las obligaciones de la corporación, impactando de manera contundente a las finanzas de la Corporación Nuestra IPS, debido a que se ha visto afectado el cumplimiento de los pagos de aportes, salarios, liquidaciones, la consecución de recursos para suplir los aportes a la seguridad social, entre otros.

Al generarse la retención de recursos por parte del ente pagador ADRES (Administradora de Recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud) de las diferentes EPS en el país, incluida Corporación Nuestra IPS, nos hemos visto en la necesidad, de recurrir a su comprensión y paciencia."

Ahora bien, al haberse reconocido como factor salarial los valores pagados a la demandante, denominados, auxilio de alimentación y rodamiento, salta en forma fehaciente la responsabilidad de la demandada a reconocer y pagar el salario y prestaciones sociales teniendo en cuenta dicho concepto como parte integral del salario de la trabajadora y al no incluirse durante el interregno de tiempo que perduró el vínculo contractual, dicho pago, se verifica una omisión en sus obligaciones, en calidad de empleador.

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si la demandada logró acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, no encontró el lleno de tal supuesto, pues el solo hecho de pagar las acreencias laborales con salario inferior al devengado durante el vínculo contractual no es suficiente para dar por sentada la

buena fe de la pasiva, quien a juicio de la Sala, lo que hizo fue disfrazar unos pagos, eludiendo el pago completo de las acreencias laborales de la activa, resultando patente la condena por este concepto.

Por consiguiente, el pago de los emolumentos citados en precedencia, se itera, en forma parcial, en modo alguno son suficientes para dar por sentada la buena fe de la pasiva, quien, a juicio de la Sala, ha soslayado el pago de las acreencias laborales de la activa, luego entonces, resulta patente la revocatoria de la absolución por este concepto.

Trazados estos lineamientos y teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003, en la medida en que la presente demanda fue radicada pasados los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente resultaba impartir condena a la demandada por el pago de la sanción moratoria, en cuantía igual a un día de salario, correspondiente a $70.143,[33], de acuerdo al salario declarado por la juez de conocimiento y que no fue objeto de reproche, el cual deberá ser reconocido por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados al demandante, es decir, a partir del 6° de junio de 2017 y hasta el 5 de junio de 2019 y a partir del 6 de enero de 2019 se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas, por lo que, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor se tiene que la sanción moratoria equivale a la suma de $**50.503.200**.

De los argumentos esgrimidos, se procederá a adicionar el numeral segundo de la sentencia objeto de reproche, en este aspecto.

DE LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

De otra parte, solicita la promotora de la Litis, se imponga condena a la indemnización por no consignación de las cesantías, de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Para zanjar esta controversia, estima necesario la sala citar lo dispuesto en los numerales 3° y 4° del artículo 99 íbidem, que rezan:

> *"…3° El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo."*
>
> *4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos..." (subrayado fuera de texto)*

De esta manera, según los lineamientos trazados por la norma en cita la sanción por no consignación de las cesantías correrá cuando quiera que no hayan sido consignadas las cesantías al Fondo elegido por el trabajador, del 15 de febrero hasta la fecha en que finalice la relación laboral, data para la cual surge la obligación de cancelar directamente al trabajador los saldos insolutos de las cesantías, como tuvo la oportunidad de expresarlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15097 de 2014, cuando indicó:

> *"En tal contexto, desde ya se advierte que la razón está del lado del recurrente, pues tal como lo sostuvo esta Sala en sentencia CSJ SL, 27 mar. 2000, 14379, reiterada posteriormente en la CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 37766, la sanción moratoria establecida en la L. 50/1990, art. 99, se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo Radicación n.° 46150 12 en tanto a partir de esa data cesa la obligación de consignar la cesantía en un fondo, por cuanto lo procedente entonces es que el empleador efectúe el pago directamente al trabajador, junto con los demás salarios y prestaciones sociales a que haya lugar."*

Es así que, para resolver la dicotomía planteada, tiene la Sala que, en el líbelo genitor, la actora, señaló que su empleadora no había efectuado el pago de cesantías causadas durante el año 2016, al fondo al cual se encontraba afiliada (hecho 23).

Pese a lo anterior, al recepcionar el interrogatorio de parte, el cual, fuera decretado de oficio por la juez de conocimiento, al auscultársele respecto al pago de las cesantías, señaló.

> *"Preguntado: Usted me puede indicar si la Corporación Nuestra IPS le canceló las cesantías de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.*
> *Contestó: Si ellos venían consignando al fondo de cesantías cada año, pero el último año no lo cancelaron.*
>
> *Preguntado: El último año sería cual.*
> *Contestó: El 2017, el año en que me retire."*

De acuerdo a lo dicho por la señora Heidy en el interrogatorio de parte la Corporación Nuestra IPS efectuó el pago de las cesantías al fondo escogido por la trabajadora del período laborado de 2010 a 2016; quedando pendiente por pagar únicamente las causadas durante el interregno del año 2017 (enero a junio).

Ahora, señala el apoderado, que tal manifestación no puede entenderse como una confesión, ya que no, es una prueba idónea para acreditar el pago de tal concepto, sin embargo, esta Sala de Decisión disiente de tal afirmación, por los motivos que se pasan a exponer.

En primer lugar, debe decirse que, la declaración que se rinde ante una autoridad judicial, es entendida como una confesión judicial, al efectuarse ante un Juez de la República; por otro lado, no se puede dejar de lado, que la confesión recae sobre hechos y no sobre apreciaciones legales o principios del derecho, siendo del caso recordar que por su

naturaleza el interrogatorio de parte busca obtener la confesión de la parte interrogada y por ello, solo pueden tenerse en cuenta aquellas afirmaciones que resulten adversas para el deponente. Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la Sentencia SL 16572 de 2016, explicó:

> *"Y en lo que respecta al interrogatorio de parte que rindió el promotor del proceso (fls. 73 a 75), cualquier aseveración que lo favorezca se tiene como una simple manifestación de parte que requiere ser confirmada con otro medio de convicción,* ***toda vez que para que exista confesión se requiere que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan pero a la parte contraria*** *(art. 195 del C.P.C. hoy 191 del C.G.P.), lo que no acontece en este asunto en relación con las súplicas atinentes a las indemnizaciones moratorias."*

En segundo lugar, si la parte actora, consideraba que en efecto la demandada había incurrido en un dislate a la hora de realizar la respectiva consignación de las cesantías, debió propender por allegar la prueba que consideraba idónea, para acreditar su dicho, pero ello, no ocurrió en el sub examine, a pesar de contar con la facilidad para obtener tal medio probatorio.

Luego entonces, resulta evidente, que a pesar de haberse alegado un no pago de cesantías, la misma demandante, al rendir interrogatorio, desvirtuó su manifestación y confesó que, el período adeudado no era el año 2016, sino, el año 2017, debiéndose entender que la Corporación Nuestra IPS efectuó la consignación de las cesantías, durante el tiempo que perduró la relación laboral y que para el año 2017, no se hizo tal trámite, dado que el finiquito contractual se dio en junio de dicha calenda y por ello, tal concepto debía pagarse directamente a la trabajadora.

Pese a lo anterior, habrá de modificarse en este punto la sentencia objeto de reproche, dado que, la juez de conocimiento ordenó la reliquidación de las cesantías causadas para el año 2016, de acuerdo al salario realmente

devengado, por lo que, debe aplicarse el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y condenar al pago de este concepto, en cuantía de $**15.431.533,33**, conforme lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia, en caso similar[5].

COMPENSACIÓN EN DINERO POR CONCEPTO DE VACACIONES

Conforme a lo establecido por el artículo 186 del C.S.T., las vacaciones son un descanso remunerado a que tiene derecho todo trabajador, el cual las puede disfrutar durante la ejecución del contrato y si no lo hace puede solicitar su compensación en dinero que se liquidaran con el último salario devengado.

En el punto objeto de reproche, se tiene que, a pesar de no haberse relacionado en los hechos ni haberse solicitado en las pretensiones, el reconocimiento y pago de las vacaciones, en el interrogatorio de parte, la promotora litigiosa, señaló que le adeudaban dos períodos de vacaciones.

En tal sentido, la juez de conocimiento, al auscultarle sobre este tema a la señora Cely Arévalo esta precisó;

> *"…Preguntado: Hasta cuando disfrutó de vacaciones.*
> *Contestó: Como en el 2015 más o menos porque me debían dos periodos de vacaciones más o menos.*
> *Preguntado: En el 2016 disfrutó de vacaciones.*
> *Contestó: No, ellos me debían vacaciones.*
> *Preguntado: Que vacaciones le debían.*
> *Contestó: No sé exactamente, pero son dos periodos más o menos que me debían de vacaciones."*

Es decir, que a pesar de haberse señalado la deuda de dos periodos de vacaciones, la misma demandante, no tiene certeza sobre los períodos que

[5] Sentencia CSJ SL 403 de 2013, reiterada en sentencia SL1451-2018

aparentemente se le adeudan, ya que, según lo recuerda, sus últimas vacaciones las disfrutó en el año 2015.

Aunado a lo dicho en el interrogatorio, también se logra determinar con la documental acopiada por la misma demandante, que para el mes de marzo de 2016, se reconoció el pago de las vacaciones correspondientes a 17 días, perdiendo fuerza su dicho.

Consecuencia de lo anterior, es que para la Sala se encuentra acreditado el reconocimiento y pago de las vacaciones, por el tiempo laborado en el año 2014, al exteriorizar la deponente que sus últimas vacaciones las había disfrutado en el año 2015; en lo tocante al periodo laborado en el año 2015, estas debían disfrutarse en el año siguiente, es decir, 2016, y las mismas fueron disfrutadas de acuerdo al desprendible de nómina citado en forma precedente; quedando pendiente el disfrute de las vacaciones causadas del año 2016 a 2017, sin embargo, en este punto, la juez de conocimiento fulminó condena, por lo que, no es viable impartir condena adicional.

COSTAS. Sin costas en esta instancia al considerarse no causadas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 16 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CORPORACIÓN NUESTRA IPS a pagar a **HEIDY ANDREA CELY ARÉVALO** la suma de **$50.503.200** por concepto de sanción moratoria, causada entre el 6° de junio de 2017 y el 5 de junio de 2019 y a partir del 6 de enero de 2019 se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia en el sentido de **CONDENAR** a **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** a pagar a **HEIDY ANDREA CELY ARÉVALO** la suma de **$15.431.533,33** por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO: COSTAS. Sin costas al considerarse no causadas.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GIOVANNI MONTAÑO GUERRERO, CARLOS MONTAÑO GUERRERO, JOHN FREDY MONTAÑO GUERRERO, LUIS MONTAÑO GUERRERO, SILVANO MONTAÑO HERNÁNDEZ y LILIANA MONTAÑO HERNÁNDEZ en calidad de Sucesores procesales de LUIS NORALDO MONTAÑO CORTES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA UGPP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Se reconoce personería para actuar a la abogada Cincy Brillith Bautista Cárdenes, identificada con C. C. No. 1.022.361.225 de Bogotá y portadora de la T. P. No. 237.264 expedida por el C. S. de Judicatura, en calidad de apoderada sustituta de Colpensioens, conforme al correo allegado vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor LUIS NORALDO MONTAÑO CORTES solicita se ordene a COLPENSIONES, reconocer y pagar la pensión de vejez desde la fecha en que cumplió 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales e incrementos legales conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; se paguen intereses moratorios por la mora en el reconocimiento de la pensión de vejez; las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a XX que nació el 23 de septiembre de 1953; que el 25 de octubre de 2013 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución No. VPB 16082 de 2015 resolvió recurso de apelación en forma desfavorable al recurrente; que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años; que el demandante cotizó un total de 1084 semanas durante su vida laboral; que prestó sus servicios en entidades públicas; que presentó la solicitud de reconocimiento pensional el 25 de octubre de 2013.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, a pesar de contar con más de 40 años de edad al 1° de abril de 1994, no cuenta con las semanas necesarias para obtener el reconocimiento pensional. Como medios **exceptivos** propuso las de, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción, improcedencia del cobro de intereses e indexación, innominada o genérica (fl. 37).

Con auto del 18 de noviembre de 2016, se ordenó la vinculación de los herederos determinados e indeterminados de Luis Noraldo Montaño Cortes, designándose curador ad litem, el 19 de mayo de 2017 y dándose por no contestada por parte del auxiliar de la justicia (fl. 64, 66 y 86).

El 7 de junio de 2019, se tuvo como sucesores procesales del señor Luis Noraldo Montaño Cortes a Blanca Delia Guerrero Ortiz, Giovani Montaño Guerrero, Carlos Fernando Montaño Guerrero, John Fred Montaño Guerrero, Luis Noraldo Montaño Guerrero, Silvano Yesid Montaño y Liliana Sofia Montaño Hernández (fl. 88).

En audiencia pública celebrada el 1 de noviembre de 2019, se ordenó la vinculación de la UGPP (fl. 112).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, no se había podido determinar en qué entidad estuvo afiliado el demandante. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación y prescripción (fl. 130).

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** que el señor Luis Noraldo Montaño es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes a partir del 23 de agosto de 2013, fijando la mesada pensional en cuantía de $864.07,[22], en 13 mesadas anuales; **condenó** al pago de retroactivo pensional causado entre el 23 de agosto de 2013 y el 15 de julio de 2015, en cuantía de $21.023.654,[64] a favor de los herederos determinados de Luis Noraldo Montaño Cortes (q.e.p.d.); **condenó** al pago de intereses moratorios a partir del 25 de febrero de 2014 y hasta cuando se verifique el pago del retroactivo pensional en un 50% a favor de los herederos determinados; ordenó a Colpensiones y a la UGPP realizar el trámite de emisión de bono pensional, por el tiempo laborado en Invias y la Presidencia de la República; **advertir** que el 50% de las condenas corresponden a los herederos determinados y el otro 50% se deja en suspenso dado que no se acreditó la calidad en la que actúa Blanca Delia Guerrero Ortiz; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a las demandadas

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Encontramos que si bien es cierto el demandante tenía más de 20 años de servicios y estos los acreditó con tiempos laborados con cotizaciones desde 1970 hasta 1984 del Seguro Social y con tiempo de servicios públicos del año 87 al año 95 con cotizaciones realizadas por empleadores a Cajanal como se acabó de advertir, en 1995 el demandante tenía cumplidos los requisitos del tiempo de servicios y se encontraba a la espera del cumplimiento de la edad es decir se encontraba dentro del segundo escenario y ese escenario se dio antes de la apertura de liquidación de Cajanal que fue para el año 2009, nótese entonces que al cumplir el demandante los 60 años de edad en el año 2013 sería entonces*

la UGPP la encargada del reconocimiento de la pensión acordé al criterio del Consejo de Estado.

Esto nos permite entonces entrar a resolver el primer el primer y segundo aspecto ya tenemos dos conclusiones que el señor Noraldo Montaño si tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes y una segunda conclusión que esa pensión corresponde cancelarla a la UGPP, conforme a las reglas del Consejo de estado.

Ahora pasamos a un tercer elemento y es determinar qué sucede con los intereses moratorios que se han solicitado por la parte demandante, si bien es cierto se allegó reclamación administrativa está dirigida a Colpensiones que negó la pensión con los argumentos relativos a que solo se prestaron cotizaciones en el seguro social, encontramos que pues tal argumento se ha dicho de paso pues no tenía asidero dadas las certificaciones de tiempos públicos. Más allá de esto para el despacho es claro que el demandante no puede estar supeditado, el demandante para efectos del reconocimiento ni la de la pensión, ni de los intereses moratorios podía estar supeditado a los problemas de orden administrativo que generaron la liquidación de Cajanal.…" .

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la condena en costas impuestas contra la entidad, al estimar que, la entidad obró en estricto derecho y por ello negó el reconocimiento pensional al afiliado fallecido y que tampoco tenía tenía competencia para resolver el pedimento pensional.

A su turno, la apoderada de la **UGPP**, reclama la revocatoria de la sentencia, al estimar que Colpensiones es la llamada a reconocer el retroactivo pensional causado a favor del señor Luis Noraldo (q.e.p.d.), por encontrarse sus semanas allí reportadas y ser el último fondo al cual cotizó el afiliado; que la UGPP solamente se encarga de gestionar los reconocimientos pensionales, ya que no tiene afiliados o cotizantes activos; que la UGPP no expide bonos ni cuotas partes pensionales, ya que tal obligación la ostenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que tampoco es viable que se ordene un traslado de aportes a la UGPP dado que, el actor cotizó por última vez a Colpensiones.

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 **UGPP**, alega que, la sentencia debe ser revocada, al estimar que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión del demandante es Colpensiones y en tal sentido, es ella la que debe asumir la condena impuesta.

La apoderada de **Colpensiones**, señala que, la sentencia debe ser confirmada, dado que el afiliado se vinculó al ISS hasta 1984 y a partir de dicha data, hizo aportes a la UGPP, siendo dicha entidad la llamada a reconocer la mesada 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

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución GNR 73438 del 5 de marzo de 2014 donde consta que el señor Luis Noraldo Montaño elevó solicitud pensional el 23 de septiembre de 2013 (fl. 13).

PROBLEMA JURIDICO

Según los pedimentos demandatorios, las inconformidades planteadas por las demandadas en las contestaciones de la demanda, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme lo dispone el artículo 66 A y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el sub lite, qué Entidad pensional debe asumir el reconocimiento pensional, y si era procedente imponer condena en costas contra Colpensiones.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Como es sabido, por disposición expresa del artículo 36 de la ley 100 de 1993 las personas que a 1º de abril de 1994 acreditaran, 35 o más años de edad si son mujeres, 40 o más años de edad en el caso de los hombres o más de 15 años de servicios, tendrán derecho a acceder a su pensión con los requisitos establecidos en la norma anterior.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4º del acto legislativo 01 de 2005, dispone:

> «***Parágrafo transitorio 4º.*** *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014*».

En el caso que hoy nos convoca a juicio, a 1º de abril de 1994 el demandante contaba con 40 años de edad, pues según se constata de la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 32) su fecha de natalicio fue el 23 de septiembre de 1953, lo que en suma implica que cumplía con los

requisitos exigidos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición.

Una vez aclarado lo precedente, se procede a verificar si el demandante, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005) contaba con las 750 semanas exigidas por el mismo, sobre el particular se observa que la demandante cotizó para el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 10 de abril de 1970 a 20 de junio de 1984 un total de 678,14 semanas, para posteriormente cotizar a CAJANAL como empleado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República entre el 15 de mayo de 1987 al 6 de julio de 1990 y del 13 de julio de 1990 al 15 de abril de 1995 al INVIAS, para un total de 406,42 semanas, tiempo más que suficiente, para conservar el régimen de transición bajo los paramentos del Acto Legislativo 01 de 2005.

PENSION DE VEJEZ

En claro lo anterior, es del Resorte de esta Sala entrar a establecer si el demandante cumplía la densidad de requisitos que le exige la ley 71 de 1988. Ahora, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, es imperioso que el afiliado demuestre que cuenta con más de 20 años de aportes y 60 años de edad. Sobre el particular se constata que el accionante arribó a los 60 años el 23 de septiembre de 1953 (fl 32) y en lo que tiene que ver con los 20 años de servicio, como bien de indicó en líneas precedentes de la documental obrante de folios 20 a 28, el señor Montaño Cortes cuenta con una densidad de 406,42 semanas cotizadas, en Cajanal, producto del tiempo laborado tanto para el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como en INVIAS. Aunado a lo anterior, se tiene que el demandante efectuó cotizaciones al extinto Instituto de

Seguros Sociales, desde el 10 de abril de 1970 al 20 de junio de 1984, acumulando así un total de 678,[14] semanas ante dicha administradora, así acumulando los tiempos servidos tanto al sector público como privado se tiene que el señor Luis Noraldo Montaño Cortes (q.e.p.d.) contaba con un total de semanas cotizadas de 1.084,[56].

Conforme lo indicado en líneas precedentes, fluye incuestionable que el demandante sí reunía los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988, para acceder a la pensión deprecada, pues cumplió con el requisito de edad el 23 de septiembre de 2013, y satisfizo el requisito de tiempo laborado el 15 de abril de 1995, lo que lleva a establecer que el señor Montaño Cortes ya había causado su derecho pensional.

En cuanto a la fecha de disfrute, corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual la accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Ley 71 de 1988, así:

> «***ARTICULO 8o.*** *Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidos, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión.*
>
> *Para tal fin la entidad de previsión social o el I.S.S., comunicarán al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio. Para cobrar su primera mesada el pensionado deberá acreditar su retiro, mediante copia auténtica del acto administrativo que así lo dispuso o constancia expedida por el Jefe de Personal de la entidad donde venía laborando, o de quien haga sus veces*»

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha de disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en

que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

Ha considerado además la jurisprudencia que, cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia del 1º de febrero de 2011, rad. 38776, la H. Corte Suprema de Justicia, señaló que *«…cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional»*

En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, encuentra diversos presupuestos fácticos que le permiten inferir la desafiliación a partir de la data de la última cotización acaecida el 15 de abril de 1995 (fl. 19), de acuerdo a la certificación emitida por el Invias el 15 de octubre de 2013, máxime que no se aportó ningún documento con posterioridad que acredite que se hubiere realizado o afiliado a Colpensiones o fondo privado con posterioridad, dado que, la solicitud de reconocimiento elevada el 23 de septiembre de 2013[2], lo que demuestra un actuar por demás diligente del afiliado y corrobora el querer inequívoco en el reconocimiento pensional, a partir de la fecha del cumplimiento de la edad de jubilación (septiembre de 2013).

[2] Folio 4.

Es entonces, la misma data de fecha de cumplimiento de la edad, la que se tendrá como fecha de disfrute de la mesada pensional, dado que, la reclamación fue presentada, el mismo día de su natalicio (23 de septiembre de 2013) y a partir de dicha fecha, es que se entiende que surge el disfrute de la prestación deprecada y por ende se genera el correspondiente retroactivo pensional y no desde agosto de 2013, dado que, para dicha mensualidad, el demandante no había cumplido la edad necesaria para obtener el reconocimiento pensional, como equivocadamente se indicó en primera instancia, razón por la cual habrá de modificarse la sentencia apelada respecto de este tópico.

En lo que respecta a la cuantía, de la prestación conforme los parámetros de la ley 71 de 1988, en concordancia con los artículos 36 y 21 de la ley 100 de 1993, esta corresponde al promedio de lo devengado por los demandante en los últimos 10 años, a lo cual se debe aplicar una tasa de reemplazo del 75%. De esta manera, efectuaos los cálculos aritméticos de rigor, con ayuda del grupo liquidador, obteniendo como monto de la primera mesada pensional la suma de $914.748,42 y no de $864.077,22, como se adujo en primera instancia, sin embargo atendiendo a que en esta instancia se surte el grado jurisdiccional de consulta y la apelación formulada únicamente por la UGPP, vedado le resulta a esta Colegiatura entrar a modificar este aspecto, máxime cuando la parte actora no hizo pronunciamiento alguno al respecto; razón por la cual se confirmara lo resuelto en primera instancia.

De otra parte, le asiste la razón al *A quo* al ordenar el pago de la prestación con los correspondientes reajustes de ley, de ahí que esta condena se confirme.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Establecido como quedo el monto de la prestación, la fecha de disfrute (23 de septiembre de 2013), se tienen que si bien es cierto el valor del retroactivo pensional sería superior al indicado por el sentenciador de primera instancia, no es menos cierto es que dicha condena no fue objeto de apelación por el apoderado de la parte demandante, lo cual conduce sin dubitación alguna a confirmar la condena impuesta en primera instancia, dado el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Entidad convocada a juicio.

DE LA ENTIDAD RESPONSABLE DEL RECONOCIMIENTO PRESTACIONAL

Ruega la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP que el reconocimiento pensional de jubilación por aportes contenida en la Ley 71 de 1988, debe ser impuesto a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y no a dicha entidad.

Para resolver, basta con remitirnos a lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 2709 de 1994, el cual a su tenor literal indica que:

> «***Artículo 10.*** *Entidad de previsión pagadora. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.*
>
> ***Parágrafo.*** *Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.*

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago».

Ahora bien, para reforzar lo dispuesto en la anterior preceptiva legal, esta Sala de Decisión debe precisar que el señor Luis Noraldo Montaño Cortes (q.e.p.d.), prestó sus servicios en entidades públicas desde mayo de 1987 al 15 de abril de 1995, siendo el último cargo desempeñado el de "*ayudante de taller*", es decir, de trabajador oficial, realizando sus cotizaciones a CAJANAL.

Pese a lo anterior, con el Decreto 2196 de 2009 se ordenó la liquidación y supresión de CAJANAL, que en su artículo 3 y 4, regló;

*"…**Artículo 3°.**Prohibición para iniciar nuevas actividades. Como efecto de la liquidación aquí ordenada, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar los actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación.*

En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4° del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007.

Para tales efectos atenderá las solicitudes y peticiones que se le presenten y celebrará los contratos de administración u operación que sean necesarios.

> ***Artículo 4°.****Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado"*

En forma concatenada, se implementó la creación de la Unidad Administrativa Espeical de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con la Ley 1151 de 2007.

En suma, con el Decreto 2527 de 2000, se reglaron algunos artículos de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 549 de 1999, estableciéndose en su artículo 1 que;

> *"**ARTICULO 1º-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones**. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:*
> *(…)*
> *3**. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones**."*
> (Resaltado de la Sala).

A su turno, el mismo Decreto en su artículo 3°, plasmó los efectos de la desvinculación de los funcionarios al sistema general de pensiones, *"…que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se*

encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trata el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvinculen de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberán afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produzca sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978"

En atención a la preceptiva legal, reseñada en forma precedente, se tiene que el señor Montaño Cortes en principio estuvo afiliado al extinto Instituto de Seguros Sociales como trabajador del sector privado, y después fue vinculado como en diferentes entidades del Estado, cotizando a la Caja de Previsión Social CAJANAL hasta el 15 de abril de 1995, se itera, sin que se avizore del cartapacio procesal ninguna certificación, historia laboral o documento alguno que acredite que se haya afiliado al ISS o a un fondo privado en época posterior, teniéndose de esta manera, cómo última entidad a la cual se encontró válidamente afiliado el trabajador a CAJANAL, por lo que, la llamada a reconocer la pensión de vejez a su favor, es la UGPP y no Colpensiones, tal como lo señalara el A quo en la sentencia apelada; razón por la cual, se confirma lo resuelto en primera instancia.

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

Avizora esta Sala de Decisión que, en el sub examine se impuso condena por concepto de intereses moratorios a cargo de la UGPP, al estimarse que esta había incurrido en mora a la hora de resolver el reconocimiento pensional del *de cujus*.

Sobre el particular, se tiene que los mismos están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula que «*A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago*», empero dicha obligación no opera automáticamente, dado que conforme al criterio de la Sala Mayoritaria, las entidades de seguridad social cuentan con un período de exención en el otorgamiento de la pensión, el cual corresponde a un período de 4 meses, contados desde la radicación de la solicitud pensional, al cabo de los cuales comienzan a correr los enunciados intereses, de acuerdo a los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Colofón de lo anterior, en el *sub judice*, se tiene que el actor reclamó el reconocimiento de su pensión el 23 de septiembre de 2013, pero ante Colpensiones por lo que, ordenar el reconocimiento y pago de intereses a cargo de la UGPP, no es viable, dado que, dicha entidad se enteró de la solicitud, hasta cuando se ordenó su vinculación al trámite litigioso.

De tal suerte que en este punto se deberá revocarse el numeral tercero de la sentencia apelada.

COSTAS

La parte demandada, Colpensiones en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello

sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

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

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutiva condenar a la pasiva, Colpensiones, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena, máxime que dicha entidad debió remitir la solicitud presentada por el demandante primigenio a la UGPP para que resolvieran la solicitud y no lo hizo.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*.

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, dentro del proceso seguido por **GIOVANNI MONTAÑO GUERRERO, CARLOS MONTAÑO GUERRERO, JOHN FREDY MONTAÑO GUERRERO, LUIS MONTAÑO GUERRERO, SILVANO MONTAÑO HERNÁNDEZ y LILIANA MONTAÑO HERNÁNDEZ en calidad de Sucesores procesales de LUIS NORALDO MONTAÑO CORTES** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y APORTES PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – UGPP**, en el sentido de tener como fecha de disfrute de la prestación pensional, para en su lugar tener como tal la calenda del 23 de septiembre de 2013, en virtud de lo aludido en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia analizada en esta instancia, por las consideraciones aquí expuestas.

CUARTO: COSTAS: Se confirma la decisión de primera instancia. Las de esta instancia estarán a cargo de la UGPP, por ser la única apelante, se señalan como agencias en derecho la suma de $400.000.

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 BARON CORREDOR
(Salva voto parcial)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP y a favor de los sucesores procesales en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($400.000).

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 **LUIS EDUARDO GUALTEROS TALERO** contra **MARYURI VELÁSQUEZ GONZÁLEZ en calidad de propietaria del establecimiento de comercio LICEO SANTA ANA SUR** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor LUIS EDUARDO GUALTEROS TALERO, solicita se declare que celebró contrato verbal con el Liceo Santa Ana Sur, el 20 de diciembre de 2014 y feneció el 30 de noviembre de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios; se pague la sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido injusto, horas extras, dominicales y festivos laborados durante la relación laboral; aportes al sistema de seguridad social en pensiones, las costas procesales y demás derechos que resulten probados.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 38 a del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que prestó sus servicios a la demandada del 20 de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015; que el último salario devengado era de $848.000; que el contrato fue verbal; que fue despedido sin justa causa; que el cargo desempañado era de vigilante nocturno; que cumplía horario de domingo a domingo; que le fueron pagadas en forma parcial las prestaciones sociales; que no le fueron reconocidas las horas extras, recargo nocturno, dominicales y festivos laborados durante el vínculo laboral; que no fue afiliado en salud y pensión y tampoco le consignaron a un fondo las cesantías causadas.

CONTESTACIÓN: La señora MARYURY VELASQUEZ GONZÁLEZ en calidad de propietaria del **LICEO SANTA ANA,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que efectuó el pago de las prestaciones sociales. Como medios **exceptivos** propuso las de

prescripción de la acción, pago de salarios y prestaciones sociales; incumplimiento de contrato por parte del trabajador; terminación del contrato de común y mutuo acuerdo, terminación del contrato por justa causa, mala fe e incumplimiento en la ejecución del contrato por parte del demandante (fl. 79 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cuatro (34°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 17 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por el interregno del 20 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015; **condenó** a la demandada a pagar los aportes a seguridad social causados durante el vínculo laboral; **condenó** al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa; **absolvió** de las demás pretensiones; **se abstuvo** de imponer condena en costas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Igualmente dentro del debate probatorio quedó perfectamente establecido que, efectivamente el demandante Luis Eduardo Gualteros Talero prestó sus servicios personales para desempeñarse en calidad de vigilante o guarda de seguridad, cumpliendo sus labores en la jornada nocturna comprendida entre las 8 de la noche y las 6 de la mañana, igualmente quedó establecido que su lugar de labores eran las instalaciones físicas del Liceo Santa Ana sur y que su labor era supervisada de manera permanente por la demandante Maryuri Velázquez González…" .*

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada del **demandante**, solicita se modifique la sentencia, ya que, en su sentir, se encuentra acreditado el horario laborado por el

demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la providencia objeto de reproche, pudiéndose establecer con certeza la cantidad de horas extras, dominicales, recargos nocturnos, festivos, laborados por el demandante; que del interrogatorio de parte a la demandada y la prueba testimonial se podía extraer el horario laboral del demandante; que de acuerdo a los desprendibles de nómina no se puede colegir que se hubiere incluido el pago de los días de descanso remunerado.

El apoderado de la **demandada** interpuso recurso de apelación, en lo tocante, al estudio de la excepción de prescripción propuesta al momento de contestar la demanda y la cual no fue objeto de estudio por la juez de conocimiento, por lo que, no se valoró en debida forma la reclamación laboral presentada ante la demandada y se corrobora con los interrogatorios y testimonios; que el finiquito contractual se realizó en forma verbal, de acuerdo a la prueba testimonial recaudada y de común acuerdo, por lo que, en días posteriores a dicho acto, se realizó el pago de prestaciones sociales.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandada**, alega que al momento de contestarse la demanda se propuso como excepción, la de prescripción, la cual no fue resuelta por la juzgadora de conocimiento, sin embargo, en su sentir ha operado el fenómeno prescriptivo frente a los derechos laborales reclamados; que el contrato fue incumplido por el trabajador, por lo que, entre las partes acordaron terminar el contrato de mutuo acuerdo.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por los apoderados de las partes, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[2], en primer lugar, si el salario devengado por el demandante correspondía al mínimo legal mensual vigente, para la vigencia contractual, en segundo lugar, si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, recargos nocturnos, festivos y descansos compensatorios, echados de menos por la parte actora; el tercer punto a desatar es si la terminación del vínculo obedeció a una justa causa y finalmente, deberá resolverse la excepción de prescripción propuesta por la pasiva.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el *sub judice* no existe debate en cuanto a la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la señora Maryury Velásquez González en calidad de propietaria del Liceo Santa Ana, entre el 20 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015, pues así lo encontró probado el A quo y no fue objeto de debate en esta instancia, en la

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

medida en que la encartada en el recurso de alzada no negó la relación laboral, sino el estudio y declaratoria de la excepción de prescripción y la terminación del vínculo contractual.

DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO

A efectos de resolver el objeto de debate, justo resulta recordar que por disposición del artículo 161 del C.S.T la duración máxima de la jornada laboral es de ocho horas diarias y 48 a la semana; con todo, el empleador y el trabajador pueden acordar que la jornada semanal se realice a través de jornadas diarias flexibles distribuidas en 6 días de la semana, con un día obligatorio de descanso que puede o no concordar con el día domingo, siempre y cuando diariamente labore mínimo 4 horas y máximo 10, sin que haya lugar al pago del trabajo suplementario, cuando el número de horas laboradas a la semana no exceda las 48 horas semanales. Quedando plenamente prohibido, contratar a un trabajador para desarrollar turnos sucesivos, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza y manejo.

Con todo, el artículo 165 del C.S.T, prevé que sí la naturaleza de la actividad no requiera ser continua, pero se lleva a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse a más de 8 horas diarias y 48 a la semana, siempre y cuando el promedio de horas laboradas por espacio de 3 semanas no exceda de 48 a la semana. O incluso, a voces del artículo 166 del C.S.T, puede llegar a incrementarse la jornada máxima legal prevista en el artículo 161 del C.S.T en aquellas labores que, por razón de su naturaleza, necesiten ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos, caso en el cual no podrán exceder de 56 horas semanales.

En igual sentido, se tiene que, por el cumplimiento de la jornada máxima laboral, todo trabajador tiene derecho por lo menos a un día de descanso remunerado que puede o no coincidir con el día domingo (Art 172 del C.S.T), el cual debe ser cancelado como un día de labor ordinaria siempre que el trabajador haya trabajado todos los días laborables de la semana (Art 173 del C.S.T), cuyo pago se entiende comprendido dentro del mismo sueldo (Art. 174 del C.S.T). Es por lo anterior, que el trabajador que sea conminado a laborar un día de descanso, tiene derecho a que el mismo sea cancelado con un recargo del 75% en proporción al número de horas laboradas y adicionalmente, si trabaja el domingo de forma habitual tiene derecho a un día de descanso remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista de forma opcional para quienes labores ocasionalmente en dominical (Arts. 180 y 181 del C.S.T).

De otra parte, es imperioso advertir que atendiendo a la preceptiva del artículo 167 del C.G.P *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen",* por ende, corresponde al demandante, no solamente demostrar por los medios autorizados los días que efectivamente laboró, si no la jornada y el número de horas durante las cuales trabajó.

De hecho, sobre el particular, vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral ha sido muy enfática en indicar que para que haya lugar al pago de trabajo suplementario o recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivo, el mismo debe estar plenamente probado, en tanto no le es dable al Juez realizar elucubraciones o suposiciones con miras a establecerlo, así pues, en sentencia SL7578 de 2015, dispuso:

> *"Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas*

extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas." (subrayado fuera de texto)

En igual sentido en la sentencia SL-6738 de 2016, indicó:

"Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena." (subrayado fuera de texto)

Trazados estos lineamientos, procede la Sala a realizar un análisis del material probatorio arrimado al proceso con fundamento en lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y la S.S, evidenciando en los documentos que a continuación se enuncian, los cuales no han sido tachados de falsos, ni reargüidos por las partes, conforme los artículos 269 y subsiguientes del C.G.P, los cuales son:

1- Reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 5 del archivo 01 del expediente digital).
2- Liquidación de prestaciones sociales (fl. 11 y 104 del archivo 01 del expediente digital).
3- Certificación laboral (fl. 12 del archivo 01 del expediente digital).
4- Acta de No conciliación realizada ante la Inspección de Trabajo 08 (fl. 14 del archivo 01 del expediente digital).

5- Comprobantes de pago de salario (fl. 17 a 36 y 112 a 126 del archivo 01 del expediente digital).
6- Reporte de pagos (fl. 105 del archivo 01 del expediente digital).
7- Liquidación efectuada por la Universidad INCCA (fl. 106 del archivo 01 del expediente digital).

Respecto al trabajo en horarios superiores a los legales, la demandada en el interrogatorio de parte, al indagársele respecto a la prestación del servicio del demandante, señaló que, "*él estaba de 8 pm a 6:30 am cuando yo llegaba, era la encargada de recibirle el turno*", al auscultársele sobre los días en que era prestado el servicio por el señor Gualteros Talero, indicó, que era "*de lunes a domingo*" y al indagársele sobre los días de descanso, la interrogada señaló que estos no le eran concedidos.

A su turno, Claudia Jiménez, coordinadora de la institución educativa, informó sobre este tema que, "*él entraba a las 8 de la noche y salía a las 6:30 de la mañana*".

Luz Janeth Torres, es la encargada de servicios generales de la institución convocada a juicio, quien informó que, el actor "*tenía el turno de 8 de la noche a 6:30 de la mañana, nos encontrábamos así saliendo porque él ya terminaba su turno entonces pues era así medio como que nos veíamos porque pues él trabaja es de noche*".

Delio Giraldo, esposo de la demandada, "*Él se conectó con el colegio porque a través de un hermano de Maryuri necesitábamos una persona de confianza y él tenía, conocía que el señor Gualteros estaba sin trabajo entonces él le manifestó y se acercó al colegio y se hizo un contrato verbal para que él iniciara a trabajar de 8 a 6-7 de la mañana cumpliendo las funciones de la celaduría*"

De acuerdo a los argumentos esgrimidos, debe señalar esta Colegiatura que, de acuerdo al interrogatorio de parte rendido por la demandada, esta confesó, que el horario de trabajo del demandante era de 8 de la noche a 6:30 de la mañana, pudiéndose dar de esta manera aplicación a lo dispuesto en el artículo 191 del estatuto procesal, es decir, producir por parte de la operadora judicial las consecuencias a favor del demandante.

En lo tocante a los testimonios solicitados por la pasiva, se puede concluir sin asomo de duda, que el demandante prestaba sus servicios todos los días, en un horario de 8 de la noche a 6:30 de la mañana, declaraciones que fueron inadvertidas por parte de la juzgadora de primera instancia, al realizar la valoración probatoria y con las cuales se encuentra más que acreditado el servicio prestado por el demandante, en horario superior al legal.

Por otro lado, resulta contradictorio, que la misma juez de conocimiento, estableciera el horario laborado por el demandante, sin embargo, se abstuviera de fulminar condena por estos conceptos, resultando con estas probanzas y conclusiones jurídicas, protuberante el yerro endilgado.

DEL SALARIO

Al punto, liminarmente resulta necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 127 del CST, al reseñar que *«constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie* ***como contraprestación directa del servicio****, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (…)».*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, el artículo 128 del mismo compendio normativo establece que no constituirán salario *«las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones (…) y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco (…) auxilios habituales u ocasionales (…) cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación…»* (Resalta fuera de texto).

Diáfano es, que en tratándose de conceptos que componen los rubros salariales de los trabajadores en ejecución de sus funciones, y en el marco de un contrato de rango laboral, existen sendos conceptos que deben ser catalogados como retribución directa e incorporados para efectos de desplegar los pagos prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social.

Al punto, se advierte que la parte demandante en el hecho 3 de la demanda aludió devengar para el año 2014, la suma de $760.000 y para el año 2015 la suma de $848.000 mensuales, hecho, respecto del cual, la demandada al contestar el escrito genitor, señaló como parcialmente cierto, al decir que el salario "*devengado fue la cantidad de* ***$776.000*** *mcte, (sic) y el subsidio de transporte por la cantidad de* ***$74.000*** *mes.*".

Ahora bien, del haz probatorio recaudado en el decurso procesal por las partes, consistentes en desprendibles o recibos de pago emitidos al demandante (archivo 01 del expediente digital), se tiene lo siguiente;

Quincena	Salario pagado Quincenalmente	Folio
Enero 2015	$388.000	24
Febrero 2015	$388.000	22 y 23

Marzo 2015	$388.000	20 Y 21
Abril 2015	$388.000	18, 122 y 125
Junio 2015	$388.000	25, 112, 114, 26 y 27
Julio 2015	$388.000	29, 115, 123, 30, 117, 123
Agosto 2015	$388.000	31, 115, 126, 33, 126, 177
Septiembre 2015	$388.000	34, 119, 124, 119, 124
Octubre 2015	$388.000	35, 120, 36
Noviembre 2015	$388.000	17, 121, 113

De la documental anteriormente citada, se puede concluir sin elucubración alguna, que, el salario devengado por el demandante para el año 2015, no era el mínimo legal vigente como lo señaló la juez de conocimiento, sino la suma de 776.000 mensuales, más el auxilio de transporte ($74.000).

Respecto al año 2014, no fue allegada ninguna prueba que dé certeza sobre el salario devengado, por lo tanto, en este aspecto se tendrá para todos los efectos legales, el mínimo legal vigente para dicha anualidad.

Pese a lo anterior, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión, que, al haberse reconocido las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y compensatorios, con la presente providencia, se debe reajustar el salario devengado para cada anualidad, incluyendo, para todos los efectos legales, los factores salariales.

Es por ello, que se tendrá como devengado para cada anualidad los siguientes; para el año 2014, la suma total de $848.100,[24] y para el año 2015, la suma de $1.554.489,[33].

En tal sentido, resulta fundado el recurso de apelación incoado por la parte actora, al desconocerse no solo el monto salarial aceptado por la demandada, sino la prueba recaudada en el decurso procesal, lo que conlleva a adicionar la sentencia en este punto.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES

Como se indicó en forma precedente, la demandada no reconoció ni pagó las horas extras o trabajo suplementario prestado por el dador de laborío, así las cosas, es procedente, ordenar la reliquidación de acreencias laborales, teniendo en cuenta para ello, el salario devengado para la vigencia del contrato declarado por el juzgados de conocimiento.

Pese a lo anterior, no pasa inadvertido esta Sala que, al demandante, le fue pagada liquidación de prestaciones sociales a la fecha del finiquito contractual, en tal sentido, se efectuará la liquidación únicamente frente al trabajo suplementario devengado entre el 20 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

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

Así, en el sub examine se tiene que, en la demanda se alegó un despido sin justa causa y a su turno, la demandada, alegó haber llegado a un acuerdo con el demandante para dar por terminado el contrato de común y mutuo acuerdo, coincidiendo las partes, únicamente en el punto, que para la fecha del finiquito contractual no se expidió carta de terminación del contrato de trabajo, por lo que, resulta pertinente acudir a los demás medios probatorios recaudados para llegar a la verdad real de los hechos.

El demandante a la hora de rendir su declaración, en lo tocante a la terminación del vínculo laboral, dijo que, "*ellos me pidieron las llaves del colegio y posterior a ese acto me dijeron trabaja hasta hoy, no me avisaron previamente*".

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

En su oportunidad, la demandada, informó que, la extinción del contrato laboral había sido "*verbalmente y de común acuerdo, yo le dije don Luis sinceramente usted no está haciendo la ronda que se debe hacer, usted llega a dormir, se come los alimentos de los niños, yo en varias oportunidades le dije a él, usted está durmiendo por la noche, no señora, le dije no es que así ya no me sirve, entonces él me dijo entonces tome sus llaves, entonces le dije ah bueno venga dentro de 5 días y le doy su liquidación*".

Al auscultársele si otras personas habían presenciado tal evento, informó que sí, "*estaba Claudia Jiménez que ella mantiene conmigo en la oficina, Delio Giraldo y la señora Janneth*".

Claudia Jiménez indicó que "*él tuvo inconvenientes acá en el Liceo Santa Ana con respecto a las funciones que él tenía que cumplir, entonces él, no cumplía sus funciones de celador en horas de la noche y pues incumplía en otras cosas como coger o tomar alimentos y cosas que estaban a cargo de la institución para los estudiantes que eran básicamente, para ellos y pues él incumplió muchas veces esta parte, inclusive yo me di, muchas veces cuenta cuando él incumplía y pues hablábamos con Maryuri, pues, porque los vecinos venían y golpeamos, no nos abrieron, tenemos cámaras en la Institución, como coordinadora yo revisaba las cámaras y me daba cuenta del incumplimiento, entonces Maryuri habló con el señor y pues ellos como que llegaron a un*

acuerdo de que el señor ya se retiraba de la Institución del Liceo Santa Ana", agregando que el incumplimiento de las funciones se concentraba en que, "*cuando él llegaba acá al colegio en muchas ocasiones él llegó tarde al Liceo Santa Ana, no el horario que él tenía que cumplir, cuando él tenía obviamente que cumplir unas funciones de celaduría que es obviamente recorrer el colegio, estar pendiente de lo que estaba pasando en el colegio, el señor tomaba unas colchonetas que teníamos acá en el colegio y unas cobijas y él se iba y se acostaba a dormir, tanto así que él ponía la alarma y sobre las 5 de la mañana le sonaba la alarma y él se levantaba fue lo que yo evidencie en cámaras y de igual manera él antes de acostarse a dormir, él pasaba por la cooperativa, por donde es la zona de restaurante y pues él allá comía y cogía las cosas para comer y se iba a dormir, ya a las 5 de la mañana sonaba el despertador para él bajar a organizarse nuevamente y dejar sus colchonetas y cobijas en el puesto y ya esperar a que nosotras llegáramos porque yo llego sobre las 6:30 de la mañana…*".

Que previo a la terminación del vínculo laboral la demandada, le hizo llamados de atención verbales "*él a veces se disgustaba con Maryuri cuando Maryuri le llamaba la atención verbal, muchas veces ella le dijo de muy buena manera al señor Luis Eduardo, qué pues él tenía que estar pendiente del colegio, que cualquier cosa que pasara, yo en muchas ocasiones me di cuenta, evidencie que él se disgustaba al Maryuri hacerle como el requerimiento de que no estaba llevando bien su labor*"

Luz Janneth Torres, al ver que faltaban productos en la cooperativa de la institución informó a los superiores y la coordinadora le dijo "*venga miramos que es lo que pasa, porque pues, yo también miro las cámaras, la profe Claudia fue la que nos dejó ver, que era el señor Luis Eduardo*"; que ella presenció más o menos en dos oportunidades, previo a la terminación del vínculo, que la demandada le hizo varios llamados de atención verbal al demandante.

Ahora bien, de las pruebas testimoniales recaudadas se tiene, que ni la coordinadora de la institución educativa, ni la señora Jannet Torres estuvieron presentes en la reunión entablada entre las partes, y con la cual se dio el finiquito contractual.

Por otro lado, en el hecho 5 del líbelo genitor, el accionante, indicó haber sido despedido el 30 de noviembre de 2015 (fl. 40 del archivo 01 del expediente digital), respecto del cual la demandada contestó no ser cierto, al alegar que entre ellos se pusieron de acuerdo para terminar el contrato de "*mutuo acuerdo*", por el incumplimiento de las labores contratadas, no enmarcándose tal situación en una aceptación del hecho y por ende, tampoco en una confesión.

A pesar de que, al señor Gualteros Talero, aparentemente le hubieren hecho llamados de atención de manera verbal, por pernotar en vez de realizar los turnos de vigilancia para los cuales fue contratado, o comer algunos productos de la cooperativa de la institución, ello, fue un motivo de inconformidad de la empleadora, sin embargo, ello no conlleva a aceptar que fue ella, quien decidió terminar el vínculo contractual.

Colofón de lo anterior, en el sub examine no se tiene certeza que en efecto la convocada a juicio hubiera dado fin al contrato de trabajo, luego entonces, no era viable imponer condena por este concepto, máxime que, quien tenía la carga de probar la terminación del contrato, era el trabajador, y ello no ocurrió, de acuerdo a lo expuesto en sentencia SL 18082 del 2016, radicación 41871, que señaló "*No puede olvidarse que de tiempo atrás la Sala ha señalado que al trabajador le incumbe demostrar el despido y al empleador la justificación del mismo, y ante la inexistencia de prueba sobre la ruptura unilateral e injusta que prevé el legislador como fundamento de la indemnización pretendida, el cargo no puede prosperar*"

Así las cosas, se habrá de revocar el numeral tercero de la sentencia objeto de reproche.

DE LA PRESCRIPCIÓN

La parte convocada a juicio eleva reparos respecto de la excepción de prescripción, enmarcándolo en su configuración. Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»* (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia a folio 106 del expediente digital, liquidación efectuada por la Universidad INCA, la cual fue acopiada por la convocada a juicio, con la cual, funda la reclamación frente a la declaratoria de la excepción propuesta, al haberse allegado por el demandante, el 22 de marzo del año 2016.

El aludido documento no fue suscrito por el demandante, pero cuenta con sello de recibido del Liceo Santa Ana Sur del 22 de marzo de 2016, por lo que, en el interrogatorio de parte, al preguntársele sobre la reclamación de acreencias, con dicho documento, este informó;

> *"Preguntado: Como es cierto sí o no que usted hizo llegar al Colegio Liceo Santa Ana del Sur que es la entidad aquí demandada y la señora Maryuri Velásquez una reclamación el día 22 de marzo del año 2016 elaborada por la universidad INCA en relación con una liquidación sobre sus prestaciones sociales que según usted debería pagarle el colegio.*
> *Contestó: Correcto sí señor…"*

Al respecto debe señalarse que, el artículo 54 A, regló el valor probatorio de algunas copias, señalando en su parágrafo que, "*En todos los procesos, salvo cuando se pretenda hacer valer como título ejecutivo, los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de autenticación ni presentación personal, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros*"

Por otro lado, la H. Corte Suprema de Justicia[3] , precisó que, "*Lo anterior significa que si bien es cierto pueden existir diferentes medios que lleven al Juez a tener certeza sobre la persona que elaboró, creo o autorizó un documento, cuando dichos medios son inexistentes, la firma se convierte en un elemento importante para identificar su autor, máxime en tratándose de la historia laboral, a partir de la cual se otorgará o negará el derecho prestacional reclamado, razón por la cual, antes de darle valor a su contenido debe establecerse si es auténtica..*".

Si bien, el objeto de estudio de la H. Corte Suprema de Justicia, es totalmente disímil, en sentencia CSJ SL14236 de 2015, la Sala Laboral le dio eficacia a un documento sin firma, al estimar que, de acuerdo a la conducta asumida por el interveniente en contienda, podía atribuirse su autoría.

---

[3] Sentencia SL 6557 de 2016

Así las cosas, si bien el documento acopiado como reclamación al empleador no fue firmado por el demandante, este en el interrogatorio de parte, aceptó en forma expresa haberlo remitido al Colegio, por lo que, esta Sala de Decisión debe darle validez a la reclamación aportada por la pasiva al momento de contestar el líbelo genitor y respecto del cual, el demandante, no se opuso, ni lo tachó de falso, ni tampoco desconoció su contenido e información.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el vínculo el 30 de noviembre de 2015 el actor contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada el 22 de marzo de 2016, sin embargo, interpuso la demanda el 26 de marzo de 2019, folio 45, fluye innegable que todos los derechos derivados del contrato laboral fueron afectados por el trienio prescriptivo, a excepción de los aportes a seguridad social que fueron diáfanamente fulminados y, sin que se presentara reparo al respecto, pues la prescripción no tiene operancia en aportes a seguridad social como lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia.

Dimanando de lo precedente, en la imposibilidad de liquidar las horas extras, dominicales, festivos, recargos, trabajo suplementario a los cuales tenía derecho el trabajador y con los que se procedería a efectuar la reliquidación de prestaciones sociales, ante la operancia, se itera, del fenómeno prescritivo.

COSTAS.

En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas del recurso.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 17 de noviembre de 2021, en el sentido de **DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, **MARYURI VELÁSQUEZ GONZÁLEZ** en calidad de propietaria del establecimiento educativo Liceo Santa Ana Sur, respecto a las acreencias laborales causadas a favor de **LUIS EDUARDO GUALTEROS TALERO**, con anterioridad al 26 de marzo de 2016.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral **tercero (3°)** de la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia objeto de recurso, en el sentido de **DECLARAR** que el salario devengado por el señor **LUIS EDUARDO GUALTEROS TALERO**, para el año 2014, equivalía a la suma de $848.100[24] y para el año 2015, la suma de $1.554.489,[33], esto para efecto del reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social.

CUARTO. COSTAS. En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas de los recursos de 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 BARON CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARLENY MONTOYA MOGOLÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SOCIEDAD OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a la abogada, Oriana Espitia García, identificada con C.C. No. 1.034.305.197 de Bogotá y portadora de la T.P. No. 291.494 expedida por el C.S. de la Jud., de acuerdo al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARLENY MONTOYA MOGOLLÓN** solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a PORVENIR S.A, al no existir una decisión informada; que el traslado no fue realizado en forma voluntaria; que Porvenir S.A, Colfondos, y Old Mutual S.A., no informaron al demandante sobre el término de los traslados efectuados; que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; que Porvenir, Old Mutual y Colfondos debe trasladar los aportes al RPM; que Colpensiones debe activar la afiliación de la demandante y recibir los dineros provenientes del RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, reclama se condene a Porvenir a trasladar los aportes y rendimientos a Colpensiones, quien deberá activar la afiliación del demandante; se condene a derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; se paguen las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 70 a 72 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 7 de diciembre de 1965; que estaba afiliada a CAJANAL desde 1987 hasta el 30 de mayo de 1984, cuando fue trasladada a Porvenir; que al momento del traslado la AFP no brindó asesoría; que el 21 de noviembre de 1996 se trasladó a Old Mutual, quien tampoco suministró información adecuada para su traslado; que el 17 de agosto de 1999 la actora retornó a Porvenir S.A.; que el 14 de junio de 2011 se traslada a Colfondos, donde tampoco recibió información idónea para realizar el traslado y finalmente se traslada a Horizonte hoy Porvenir el 21 de septiembre de 2012.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la entidad le brindó una asesoría en forma idónea y el traslado de régimen obedeció a una decisión libre e informada de la actora. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 04 del expediente digital).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la entidad cuenta con personal capacitado para brindar información idónea al demandante y conforme a ella, fue que la demandante se trasladó de régimen. Como medios **exceptivos** propuso las de, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causa de nulidad; inexistencia de violación al debido

proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción, buena fe, genérica (archivo 5 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, a la demandante se le suministró la información idónea para efectuar su traslado y por tanto no fue inducida a ningún error. Como excepciones propuso las de, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica (archivo 07 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo para tal efecto que, la entidad obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley. Como medios **exceptivos** los de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago (archivo 10 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS el 30 de mayo de 1999; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, saldos de la

cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, sin realizar ningún tipo de descuento; **ordenó** a Porvenir trasladar la totalidad de los dineros aportados por la demandante; **ordenó** a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora; **absolvió** de las demás pretensiones; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **concedió** el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"En consecuencia, conforme a la jurisprudencia ya varias veces citada y la norma también enunciada es claro que para la fecha en que se trasladó la actora, las administradoras de fondos de pensiones, si tenían la obligación de brindarle a los posibles afiliados una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos diferencias y consecuencias del traslado del régimen situación que no se encuentra acreditada dentro del plenario. En efecto al detallar el formulario preimpreso de afiliación a Porvenir, únicamente contiene fecha de diligenciamiento, datos personales, laborales de la accionante, asimismo una, una nota preimpresa que dice hago constar que realizó de forma libre espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad con lo cual se corrobora en principio la aceptación de las condiciones propias del régimen seleccionado así como la intención de trasladarte de forma libre espontánea y sin presiones como lo preceptúan literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y 11 del decreto 692 de 1994 no obstante el contenido de dicho formato no se infiere qué esa administradora de manera previa a la suscripción de aquella solicitud le haya proporcionado o dado a conocer a la señora Marleny Montoya Mogollón la información completa, comprensible, que le permitiera a ella tener claridad respecto a la decisión que estaba tomando cómo era la elección de un nuevo régimen."*

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que la demandante contaba con capacidad jurídica para llevar a cabo el acto jurídico de traslado; tampoco se avizoran vicios del consentimiento, máxime que la actora firmó en forma libre y voluntaria el formulario; que permaneció en el

RAIS durante un término prolongado; que se está descapitalizando el sistema financiero de la entidad; que la demandante nunca ha estado afiliada a Colpensiones y por tanto no puede retornar a la entidad.
El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que en el interrogatorio de parte la actora, informó que se le había suministrado información respecto a las características del régimen de ahorro individual; en segundo lugar, señala que, no se le pueden exigir requisitos que no estaban consagrados legalmente, ya que la información fue brindada en forma voluntaria y de manera verbal; que al ser una abogada, la actora no es una persona lega en este tema; que no se debe ordenar la devolución de gastos de administración, ya que, estos conceptos se encuentran autorizados legalmente y generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que se debe dar aplicación a la excepción de prescripción, en lo tocante a los gastos de administración, al no ser utilizados para financiar la pensión.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, reclama la confirmación del fallo emitido, al no encontrarse acreditado el suministro de información clara y completa a la afiliada.

La apoderada de **Colpensiones**, reclama se revoque la sentencia al estimar que, existe una prohibición legal para que la demandante retorne al RPM, dada la edad con la que cuenta en la actualidad; que no existe ningún vicio del consentimiento que quiebre el traslado

efectuado y tampoco se alegó nulidad alguna; que la carga de la prueba le compete al afiliado y no al fondo de pensiones; que el traslado fue efectuado hace más de 27 años; que no es viable exigir requisitos no reglados para la época; que la entidad se descapitalizaría al reconocerse prestaciones a la demandante, respecto de las cuales no ha efectuado ningún aporte.

La demandada **Porvenir**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al argüir que, no fue acreditado ningún vicio del consentimiento por parte de la afiliada; que el formulario fue suscrito por la afiliada en forma libre y voluntaria; que a pesar de garantizarse el derecho de retracto no se hizo uso de este; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en la Ley 100; que los gastos de administración y primas de seguros no hacen parte integrante de la pensión y por ello prescriben.

La apoderada de **Skandia**, reclama se confirme la sentencia en lo tocante a la absolución impartida a su representada.

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 54 del

expediente y en el cual se señala como fecha de reclamación el 16 de julio de 2019 y la cual fuere resuelta en forma desfavorable el 18 de julio de la misma anualidad (fl. 55).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por la señora Marleny Montoya Mogollón al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 1); certificación emitida por la Juez Cuarenta Penal del Circuito (fl. 12); certificación emitida por la Juez Quinto (fl. 13); certificado emitido por el Tesorero de la Rama Jurisdiccional (fl. 14, 15); copia de la Resolución No. 0355CP (fl. 16 y 24); liquidación de cesantías emitido por la Fiscalía General de la Nación (fl. 17, 20 a 23); certificado de ingresos y retenciones (fl. 19); copia de derechos de petición radicados ante Porvenir, Colpensiones, Old Mutual, Colfondos (fl. 25, 27, 52, 53, 54 del expediente físico y fl, 45 del archivo 05 del expediente digital); respuesta de Colpensiones, Porvenir y Skandia (fl. 28, 33 del expediente; fl. 46 del archivo 05 del expediente digital; fl. 93 del archivo 04 del expediente digital); impresión de pantallazo de correo (fl. 30); formulario de afiliación a Porvenir, Horizonte, Skandia (fl. 36 a 39 y fl. 37 del archivo 05 del expediente digital y fl 79 a 82 del archivo 04 del expediente digital); reporte de historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 40 del expediente y fl. 97 del archivo 04 del expediente digital); respuesta de Colpensiones, Colfondos (fl. 55, 56); reporte de estado de cuenta emitido por Colfondos (fl. 58); reporte de pagos emitido por Colfondos (fl. 60); historia laboral y expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 07- carpeta 07.5 CC -5182741 y 07.6 CC-51827141); historial de vinculación de la demandante (fl. 92 del archivo 10 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Skandia (fl. 38 archivo 05 del expediente digital); estado de cuenta emitido por

Skandia (fl. 39 archivo 05 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 78 archivo 04 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 96 archivo 04 del expediente digital); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 109 del archivo 04 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 134 del archivo 04 del expediente digital); resumen de historia laboral emitido por la oficina de Bonos del Ministerio de Hacienda (fl. 159 del archivo 04 del expediente digital).

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

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que

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

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

> *«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.*
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*

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

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

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

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

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

«*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.
Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando

se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho

causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada a CAJANAL desde el 16 de enero de 1987 al 29 de mayo de 1994, dado que prestaba sus servicios en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá y posteriormente a la Fiscalía General de la Nación, tal como se advierte de la certificación emitida por el Ministerio de Hacienda que obra en el expediente allegado por Porvenir S.A., para luego trasladarse a la AFP

Porvenir S.A., el 30 de mayo de 1994 y hacerse efectiva tal determinación en junio de 1994, de allí migrar a Old Mutual el 21 de noviembre de 1996 (fl. 37 archivo 05 del expediente digital), donde permaneció hasta el 17 de agosto de 1999, cuando decide trasladarse a Porvenir el 17 de agosto de 1999 (fl. 80 archivo 04 del expediente digital); el 29 de septiembre de 2006 decide trasladarse a Horizonte (hoy Porvenir, fl. 81 archivo 04 del expediente digital) y de allí moverse a Colfondos, en el año 2011; trasladándose nuevamente a Horizonte (hoy Porvenir), el 21 de septiembre de 2012 (fl. 82 archivo 04 del expediente digital), fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, dado que Horizonte fue adquirido por Porvenir; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al afirmar que su traslado se efectuó porque "*empecé a trabajar en la Rama Judicial desde el mes de enero de 1987, yo trabajaba con los juzgados en Paloquemao y en el año 1992 cuando empezó a regir la Fiscalía General de la Nación, entonces ingresé a la fiscalía, entonces durante el tiempo del 87, 1987 a 1992 siempre estuve con CAJANAL*

y cuando empezamos, empieza la Fiscalía General de la Nación cómo era una entidad nueva, yo ingrese como nueva a la fiscalía y entonces ya ahí, fue donde se dispuso, porque empezaron los de los fondos, ósea empecé en la fiscalía en el año 92 pero para 1993 empezó el auge de los fondos privados por parte de la fiscalía nos afiliaron a todos a Porvenir, todos los que éramos nuevos y luego pues se formalizó ese traslado a nosotros nos visitaron los promotores de Porvenir y nos daban la asesoría individual y ahí se formalizó eso, entonces fue por cambio laboral al ingresar a la fiscalía general de la nación que yo terminé afiliándome o afiliada a un fondo privado gracias"

El asesor en su oportunidad, le informó de los "*beneficios, respaldo económico, solidez financiera eran ese, esa capacidad económica de los fondos privados y además pues nos decían que yo me podría pensionar con menos semanas cotizadas, con un, nunca, pues esperando un valor inferior al que, al que, pues uno espera y entonces eso era como los beneficios y la solidez de los fondos privados y garantizándome que, que, todo una buena pensión pero pues no sé me informó completo cuáles eran los riesgos hasta cuándo podría yo cambiar de régimen del privado al público sino como ahí empezamos todos entonces así fue que empecé con el fondo privado*"

Al auscultársele respecto a las ventajas ofrecidas en aquel momento, fue que se podía pensionar con menos semanas y con un buen monto pensional, adicionalmente, que el fondo tramitaría el bono pensional; pero no le fue suministrada información respecto a las pensiones voluntarias y tampoco los requisitos que debía cumplir para obtener el reconocimiento pensional en el RAIS y que el reconocimiento pensional dependería de los aportes que efectuara durante su vida laboral; que a pesar de haber firmado el formulario de afiliación, lo hizo "*con la información que se me estaba suministrando, entonces como yo no tenía una información completa porque es que solo vine a entender fue ya ahorita después cuando ya cumplí los 50 años de edad que vine a darme cuenta de las consecuencias de que habían unos riesgos de que habían unas consecuencias que no eran buenas para el trabajador entonces Considero que fue eso esa falta*

de información esa visión porque yo veía todas las maravillas que me ofrecía el fondo inicialmente"; agregando que el traslado horizontal, obedeció a otro cambio en su trabajo, y consecuente cambio de fondo pensional.

Su deseo de retornar al RPM, obedece a una falta de "*confianza*", al no habérsele brindado una información idónea para trasladarse de régimen y posteriormente entre fondos pensionales

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

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado,

contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Debe resaltarse que, la demandante, Marleny Montoya Mogollón se encontraba vinculada a CAJANAL a la fecha de su traslado al RAIS, por ello, debe precisarse que, existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a dicho fondo por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de las demandadas, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

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

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

(…)

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

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

Como también se alegó en la alzada el estudio de la excepción de prescripción, al considerar que ha operado el fenómeno tal fenómeno, en lo tocante a los gastos de administración, sin embargo, en este aspecto, debe precisar esta Sala de Decisión, que 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, esta ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

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

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito reclamada

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

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor de la demandante, Marleny Montoya Mogollón, dadas las resultas de la alzada.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado **MARLENY MONTOYA MOGOLLÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, PORVENIR y Otros.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, dadas las resultas de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor de la demandante, MARLENY MONTOYA MOGOLLÓN en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

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 JOAQUÍN ROJAS PRIETO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Se reconoce personería para actuar a la abogada Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con C.C. No. 1.093.783.369 y portadora de la T. P. No. 321.634 expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

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 JOAQUÍN ROJAS PRIETO, solicita se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de ahorro Individual; se declare que para todos los efectos jurídicos ha permanecido en el Régimen de Prima Media; se ordene la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y sumas recibidas por el demandante en el RAIS; se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante.

Se condene al pago de perjuicios morales causados, estimados en la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a pagar las costas causadas.

Como pretensiones subsidiarias reclama se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó de régimen el actor; que ha permanecido en Colpensiones, durante toda su vida laboral; se ordene la devolución de dinero, cotizaciones, bonos y sumas adicionales al RPM; que Colpensiones reactive la afiliación del demandante; se condene al fondo

pensional al reconocimiento de perjuicios morales; se condene en costas a la demandada.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 6 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 30 de mayo de 1962; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año 1989; que suscribió el formulario de afiliación de Protección sin la información idónea para ello, sufriendo engaño al efectuar dicho trámite; que Protección le realizó una simulación pensional; que es más desfavorable el régimen de ahorro individual para el accionante; que el 26 y 27 de noviembre de 2019 solicitó la nulidad de la afiliación a Protección y Colpensiones, respectivamente; que recibió respuesta del fondo, pero en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el acto suscrito entre las partes es válido, exento de vicios. Como medios **exceptivos** propuso las 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (archivo 04 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al

discurrir que, el traslado realizado por el afiliado, es válido y no se encuentra probado, algún, error, fuerza o dolo en la afiliación realizada. Como medios **exceptivos** propuso las de, inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (archivo 05, carpeta de contestación, del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al RAIS el 28 de abril de 1995; **condenó** a Protección a trasladar a Colpensiones los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, sin realizar ningún tipo de descuento; **ordenó** a Protección trasladar a Colpensiones los dineros aportados por el demandante, durante el tiempo que perduró su afiliación en dicha entidad; **ordenó** al RPM a reactivar la afiliación del señor Rojas Prieto; **absolvió** de las demás pretensiones, **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **concedió** el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; **condenó** en costas

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…en el proceso no se evidencia el formulario de afiliación, únicamente aparece dentro las documentales certificación en dónde da cuenta de la fecha en la que a partir de la cual el demandante está vinculado con la accionada, privada y también el reporte de Asofondos para lo cual y dadas documentales no comportan el valor para determinar efectivamente que de ella se le se pueda evidenciar que se haya dado una información*

clara y completa cómo se dijo y en los términos de la jurisprudencia ya varias veces citada, de otro lado respecto del interrogatorio de parte si bien el demandante enunció que se podía pensionar con anterioridad a la fecha en el cumplimiento de la edad conforme al requisito del instituto de seguros sociales, también dio cuenta respecto de la cuenta, que tenía una cuenta de ahorro individual y que podía heredar la pensión su esposa de fallecer eso no da pie a que el derecho al deber de la información de la accionada se haya cumplido con estos con estos acápites porque efectivamente el demandante se le debió asesorar respecto del haber patrimonial de los aportes, de los excedentes de libre disponibilidad de los requisitos en cuanto a edad y semanas cotizadas, en cuanto al capital ahorrado en la cuenta individual que debe financiar por lo menos un 110% en salario mínimo legal vigente, igualmente respecto de esas características en uno y otro régimen …" .

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Protección**, interpone recurso de apelación en forma parcial y en lo tocante, a la devolución de gastos de administración, comisiones y sumas adicionales a favor de Colpensiones, al ser conceptos ya causados, adicionalmente, dichos descuentos se encuentran autorizados legalmente; se estaría generando un enriquecimiento sin causa a Colpensiones, a pesar de la buena gestión de la entidad.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que no se pueden exigir condiciones respecto al deber de información, ya que este para la época del traslado tenía menos requisitos; que de acuerdo al interrogatorio de parte, este afirmó conocer ciertas características del RAIS, demostrándose que si le suministraron información en la asesoría y posterior re asesoría; que a pesar de no haber leído el formulario de afiliación, este cumple con los lineamientos legales; que el accionante no guardó el deber de cuidado, al indagar sobre sus aportes y afiliación con el fondo; respecto al principio de sostenibilidad financiera señaló que, se perjudicaría a la entidad, al no recibir los aportes y carga que deben sufrir los demás

afiliados de la entidad; que no se debe imponer condena en costas, dado que esta no intervino en el traslado del demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

El **demandante**, a través de apoderado judicial, solicita la confirmación del fallo, al estimar que la decisión se encuentra ajustada a lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia y al no encontrarse acreditada la asesoría brindada por la AFP a la trabajadora al momento de su traslado y al declararse la ineficacia, se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y finalmente, que al existir oposición frente a la prosperidad de las pretensiones era viable la imposición de condena en costas.

La demandada, **Colpensiones**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la demandante se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM; que tampoco se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento; que la demandante tenía la obligación de informarse respecto al contrato que estaba suscribiendo.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 57 archivo 01 del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 26 de noviembre de 2019 y la cual fuere resuelta en forma desfavorable el 27 de noviembre de la misma anualidad (fl. 60 del archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por el señor José Joaquín Rojas Prieto al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 20 archivo 01 del expediente digital); petición incoada ante Protección y Colpensiones (fl. 22, 55, 57 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Protección y Colpensiones a derecho de petición (fl. 24 y 60 y 63 archivo 01 del expediente digital; fl. 47, 53 archivo 04 del expediente digital); historia laboral emitida por Protección (fl. 30 y 50 archivo 01 del expediente digital y fl. 62 del archivo 04 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito – Oficina de Bonos Pensionales (fl. 47 archivo 01 del expediente digital y fl. 60 del archivo 04 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por

Colpensiones (fl. 51 archivo 01 del expediente digital); re asesoría brindada al demandante (fl. 67 archivo 01 del expediente digital y 51 del archivo 04 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Protección (fl. 24 archivo 04 del expediente digital); certificado SIAF emitido por Asofondos (fl. 25 archivo 04 del expediente digital); reporte estado de cuenta de Fondo de Pensiones Obligatorias (fl. 27 archivo 04 del expediente digital); resumen historia laboral (fl. 44 archivo 04 del expediente digital); historial de vinculaciones (fl. 59 archivo 04 del expediente digital).

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

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*

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

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

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

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

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

«*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.
Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.
Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando

se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho

causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de mayo de 1989 al 31 de mayo de 1995, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente allegado por el promotor litigioso, para luego trasladarse a la AFP Protección S.A., el 28 de abril

de 1995 y hacerse efectiva tal determinación en mayo de 1995, fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al afirmar que su traslado se efectuó cuando unos asesores de Protección fue a la empresa donde trabajaba y le efectuó el traslado; que no leyó el formulario de afiliación; que no tuvo inquietudes a la fecha de suscripción del documento, la asesoría brindada fue en principio grupal y posteriormente en forma individual y corta, en la cual le informaron que, "*como había algún problema con el Seguro Social y simplemente habían creado esos fondos para, como era individual ya no teníamos ningún problema, porque no tendríamos como una dificultad, dudas o temor de que pronto perdiéramos nuestra pensión*".

Que después de transcurridos unos años de afiliación, Protección le brindó una re asesoría, en la que, le informaron "*Básicamente lo mismo, yo me podía pensionar antes si lógicamente hacia unos aportes individuales a*

parte y el resto era lo mismo, no tenía ningún problema, la pensión era vitalicia, que era lo que uno pues espera, no tenía dudas de nada de eso, lo que pasa es que, después ya me enteré que eso necesita un tope y otro poco de cosas que realmente ya cuando pasó el tiempo me pusieron a dudar"

Al auscultársele respecto a la información suministrada por el asesor, este le indicó que, las semanas cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales le serían trasladadas a Protección; que se abriría una cuenta a su nombre; que para pensionarse antes podía realizar aportes voluntarios; que recibió extractos, aunque solo verificaba que le hubieran hecho el pago de los aportes; sin embargo, no le hablaron de la rentabilidad que generarían sus aportes.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues se puede constatar que no le informaron respecto a las características mínimas del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible

reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de las demandadas, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

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

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

(…)

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

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

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues 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

La parte demandada, Colpensiones en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

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

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutiva condenar a la pasiva, Colpensiones, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*.

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Protección S.A., y Colpensiones a favor del demandante, José Joaquín Rojas Prieto, dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ JOAQUÍN ROJAS PRIETO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN.**

SEGUNDO. COSTAS. Se confirman las de primera instancia. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Protección, dadas las resultas de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor del demandante, JOSÉ JOAQUÍN ROJAS PRIETO en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

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 MARINA ALEMÁN GÓMEZ** CONTRA **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 veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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 **Angélica María Cure Muñoz**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.140.887.921 de Barranquilla y tarjeta profesional 369.821 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **OLGA MARINA ALEMÁN GOMEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS a través de la AFP Porvenir, dado que dicha AFP incurrió en omisión en el deber de información, al que debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Como consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a trasladar la totalidad de aportes cotizados al RAIS con destino a Colpensiones; se ordene a Colpensiones aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada con continuidad desde el 1º de febrero de 1981 (fl. 2 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que se afilió

al ISS, hoy Colpensiones, el 1º de febrero de 1981, donde cotizó 565 semanas. Afirma que el 4 de agosto de 1997 se afilió al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., sin que le fuera informado que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, hoy Colpensiones. Que el funcionario del fondo privado no elaboró la proyección de la mesada pensional que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada considerando el bono pensional; sólo le indicó que el ISS iba a desaparecer, por lo que no podría pensionarse y que en Porvenir adquiriría la prestación a cualquier edad. Que no se le refirieron las desventajas de trasladarse al RAIS, y mucho menos que podía devolverse al RPM hasta antes del cumplimiento de los 47 años. Sostiene que la AFP Porvenir S.A. le entregó la información de su afiliación de forma sesgada y parcializada, con el fin de concretar su traslado y recibir la comisión correspondiente. Indica que elevó petición de traslado ante Colpensiones, misma que fue negada por la citada entidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló oposición a totalidad de las pretensiones al considerar en esencia que, si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuaron el traslado, el cual realizó de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la escogencia de régimen. Añade que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible para Colpensiones tenerla como afiliada al

RPM, pues tal situación desconoce no solo disposiciones de carácter legal, sino también el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (fls. 153 a 178 archivo 06 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones al considerar en esencia que, la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar el régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, afirma que la AFP cumplió con el deber de información que le era oponible, al momento en que se dio el traslado de régimen pensional, a través de

una asesoría veraz, clara y oportuna. Agrega que le informó a la demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional si había aportado 150 semanas antes del traslado de régimen pensional, y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria. Finaliza afirmando que, se le comunicaron los beneficios más importantes del RAIS, y se le presentaron las características y formas de acceso a las prestaciones sociales en el RPM. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 36 a 60 archivo 03 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir realizada en 1997, en consecuencia, declara para todos los efectos la afiliada nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM; **condenar** a Porvenir a devolver a Colpensiones las sumas correspondientes por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, los dos últimos conceptos debidamente indexados por el periodo que la

demandante permaneció afiliada a dicha administradora; **ordenar** a Colpensiones a que una vez se efectúe el anterior trámite, acepte sin objeción alguna el traslado de la demandante al RPM; **declarar** no probadas la excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Porvenir. (Archivo de audio del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP Porvenir, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir, 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, en tanto no basta con la simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que del interrogatorio de parte y de las pruebas documentales que fueron allegadas al proceso, se establece que no existe un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado por la vocación de la activa pertenecer al RAIS que se dio por un largo periodo, toda vez que no se interesó por indagar sobre

su situación pensional ante el Seguro Social, hoy Colpensiones, sino únicamente cuando estaba próxima a cumplir la edad de pensión. Agrega que la demandante se encuentra enmarcada en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, por lo que un reconocimiento pensional a su favor estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del Sistema.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en síntesis que, la vinculación es completamente válida y eficaz, toda vez que la demandante suscribió el respectivo formulario de afiliación respetándose su derecho de libre elección de régimen pensional, a más que dicho formulario era el único documento requerido en 1997 para hacer válidamente el traslado. Afirma que si bien el deber de información ha existido desde los inicios de las administradoras, lo cierto es que ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha incrementado las exigencias impuestas a lo largo de los años, y para el momento del traslado de la actora, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 663, esta decidió libremente y sin coacción realizar dicho acto. En consecuencia, insiste que, para la época del traslado las asesorías eran de manera verbal, y el único documento era el formulario de afiliación suscrito voluntariamente, decisión que se ratifica con la permanencia en el RAIS por más de 25 años. Refiere que no es dable exigirle allegar una prueba distinta al formulario de afiliación, ni imponerle deberes que surgieron con posterioridad, además, la inconformidad de la activa, según su interrogatorio de parte, radica en

el valor de la mesada pensional, lo cual no deviene en una ineficacia, máxime que para la época no era posible determinar el valor de la prestación, en tanto faltaban bastantes años de cotizaciones, a más que las prestaciones otorgadas en el RAIS se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, y la actora decidió adherirse a ellas. Manifiesta que la condena de devolución de gastos de administración y sumas adicionales se torna injusta, por cuanto al declarar una ineficacia del traslado se pierden todos los efectos del acto jurídico, por lo que la activa no tendría derecho a los rendimientos generados por las gestiones de la AFP, además, el descuento de los emolumentos debatidos ha obedecido al cumplimiento de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; respecto de las sumas destinadas a los seguros de invalidez y sobrevivencia, sostiene que la demandante tuvo una cobertura frente a estas contingencias, con sumas que fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras, razón por la cual no deben retornar al RPM, menos aun cuando no están destinadas al financiamiento de la pensión.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de primer grado, toda vez que la AFP Porvenir no le proporcionó una información completa y comprensible acerca de su traslado,

omitiendo información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse al RAIS, incumpliendo con su deber de buen consejo.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante contaba con 57 años, de manera que ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado, al no contar con 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994, por lo que sus peticiones resultan abiertamente improcedentes a la luz del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Añade que la activa no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima a la data del traslado, por lo que dicho acto jurídico no le implicó ningún perjuicio.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las

normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, no se evidencia solicitud elevada ante Colpensiones pretendiendo la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, por lo que se entiende su agotamiento con la presentación de la demanda.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURÍDICO

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 9 a 10 archivo 01 y 208 a 212 archivo 08), documento de identificación de la accionante (fl. 11 archivo 01), historia laboral expedida por Porvenir (fls. 12 a 18 archivo 01 y 61 a 88 archivo 03), formulario de afiliación a Porvenir (fl. 19 archivo 01 y fl. 90 archivo 03), respuesta a derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 20 a 21 archivo 01), certificado de estado de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 89 archivo 03), respuestas a derechos de petición elevados ante Porvenir (fls. 91 a 95 archivo 03), comunicados de prensa (fls. 96 a 105 archivo 03), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta 06.1), e interrogatorio de parte rendido por la representante legal de Porvenir S.A. y por la demandante (Archivo de audio del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda

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

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

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

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*
>
> *Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*»(Acentúa la Sala).

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

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

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

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

características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como

condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de

Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y

consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de febrero de 1981 hasta el 31 de agosto del 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 208 archivo 08 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 4 de agosto de 1997 (fl. 90 archivo 03 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones como consta en certificado obrante a folio 89 archivo 03 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz,

oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 90 archivo 03 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que *«(…) yo toda la vida estuve en el Seguro Social, cuando llegué a Alpopular más o menos al año de estar ahí, llegó una campaña de Porvenir, ellos son del grupo Aval, del grupo donde yo estoy, llegó una campaña a ofrecer el traslado y pues no hubo información ni clara ni nada, no hubo información, simplemente se hizo el traslado, entonces ya, eso fue el error. (…) bueno, es tanto tiempo que ya ha pasado, pero simplemente recuerdo que dijeron somos del grupo aval y venimos a hacerle el traslado a Porvenir, explicación no hubo prácticamente (…)«* (Archivo de audio del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de

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

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

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros constituyen una contraprestación a la AFP por el cumplimiento de su función y fueron descontados en atención al artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

(…)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas, debidamente indexadas como lo ordenó el *a quo*.

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 22 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **OLGA MARINA ALEMÁN GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

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

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, en la suma de $600.000 para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **BLANCA OLGA ÁLVAREZ TONGUINO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

[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»*

profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **BLANCA OLGA ÁLVAREZ TONGUINO** a través de apoderado judicial, pretende se imparta condena en contra de Colpensiones, encaminada a que se le reconozca y pague una pensión de vejez de manera retroactiva, desde el momento en que cumplió los 55 años de edad, junto con las mesadas adicionales, incrementos legales, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales. (fl. 2 archivo 02 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 y 3 archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que nació el 2 de mayo de 1954, por manera que cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2009. Que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y ha cotizado en toda su vida laboral un total de 1.219 semanas. Aduce que el 18 de mayo de 2020 solicitó ante la llamada a la acción el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, la cual le fue negada en la Resolución SUB 121611 del 4 de junio de 2020. Que en las Resoluciones GNR 227624 del 5 de septiembre de 2013, VPB 2767 del 27 de septiembre de 2014, GNR 131249 del 6 de mayo de 2015 y SUB 146812 del 31 de mayo de 2018, Colpensiones la instó a continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la

demanda, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas, al considerar en esencia, que conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL5514 de 2018 y SL032 de 2018, no es posible acumular los tiempos públicos y privados para efectos de dar aplicación al Decreto 758 de 1990, encontrándose ajustada su decisión de negar el reconocimiento de la prestación de vejez solicitada. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones. (fls. 1 a 5 archivo 05.1 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de noviembre de 2021, resolvió **absolver** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir; **sin condena** en costas (Archivo de audio carpeta 13 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el *A quo,* que si bien la activa tiene la calidad de beneficiaria del régimen de transición, ello lo es hasta el 31 de julio de 2010, dado que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no reúne 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, pues tan solo cuenta con 625,63 semanas. Añade que el régimen anterior aplicable a la actora es el concebido por la Ley 71 de 1998, acotando que en su caso particular no tiene alcance el Acuerdo 049 de 1990, dado que comenzó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones el 1º de enero de 1996, lo cual

atiende lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL21790 de 2017, SL13154 de 2016, SL2129 de 2014 y la sentencia con radicado 49148 del 13 de noviembre de 2013. Concluye indicando que la activa no cumple con los requisitos previstos por la Ley 71 de 1988, dado que si bien cumplió 55 años el 2 de mayo de 2009, no reunión los tiempos o semanas mínimas exigidas, como quiera que al 31 de julio de 2010 solo contaba con 843,39 semanas; tampoco acredita las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, pues alcanzó 1000 semanas para el año 2014, cuando la normatividad *ejusdem* ya establecía una densidad de semanas mínima de 1.275.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE, la señora BLANCA OLGA ÁLVAREZ TONGUINO interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que, contrario a lo considerado por el Juzgado de Conocimiento, no comenzó a cotizar al Sistema desde el año 1996, porque al observar la Resolución SUB 12611 del 4 de julio de 2020, se constata que Colpensiones hizo un recuento de todos los periodos de aportes, en el cual se especifican los ciclos comprendidos entre el 18 de mayo de 1990 al 30 de diciembre de símil año por un total de 223 días, del 21 de enero de 1991 al 13 de diciembre de símil año por total de 323 días, del 24 de enero de 1992 al 19 de diciembre de símil año, del 15 de febrero de 1993 al 31 de diciembre de 1994 para un total de 676 y del 1° de enero de 1995 al 30 de diciembre del mismo año, siendo por tanto procedente dar aplicación a la sentencia SU 769 de 2014 emitida por la Corte Constitucional y las sentencia SL1947 de 2020, en aras de reconocer la pensión de vejez dando paso a la sumatoria de los tiempos públicos y privados; prestación que debe pagarse desde que la activa cumplió la edad, dado que la entidad la indujo en error de continuar cotizando al no reconocerla de manera oportuna, como así lo establece la sentencia del 5 de junio de 2012 radicado 42289.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de primer grado, aduciendo para el efecto que la demandante no cumple las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 001 de 2005 para extender más allá del 31 de julio de 2010, el beneficio del régimen de transición. Adiciona que si bien la peticionaria acreditó 55 o más años de edad al 31 de julio de 2010, lo cierto es que no demostró 20 años de aportes en una o varias entidades de previsión social (1029 semanas), toda vez que únicamente acreditó 847 semanas. Concluye afirmando que validada la historia laboral de la demandante, esta presenta cotizaciones en el ISS hoy Colpensiones a partir del 1° de enero de 1996, no siendo procedente estudiar la prestación bajo este régimen y tampoco acredita los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 para acceder al derecho pensional reclamado.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte demandante cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el

artículo 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la solicitud elevada ante la entidad demandada, mediante la cual la actora reclamó el reconocimiento pensional, visible a folios 34 a 45 archivo 02 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, el recurso de alzada impetrado por la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar el cumplimiento de los presupuestos normativos para el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada, bajo los términos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará el acervo probatorio legalmente recaudado en el expediente digital de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia del documento de identificación y registro civil de nacimiento de la accionante (fls. 13 y 14 archivo 02), reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones (fls. 15 a 26 archivo 02), certificados de información laboral (fls. 27 a 33 archivo 02), copia de

solicitud pensional (fls. 34 a 35 archivo 02), copia de las Resoluciones SUB 121611 del 4 de junio de 2020, GNR 131249 del 6 de mayo de 2015, VPB 2767 del 27 de febrero de 2014 y SUB 146812 del 31 de mayo de 2018 (fls. 26 a 59 archivo 02), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 05.2); probanzas de las cuales se colige, que nació el 2 de mayo de 1954, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2009 cumplió 55 años de edad (fl. 13 y 14 archivo 02 del expediente digital), en igual sentido, se acredita que aportó a la Caja de Previsión Social del Distrito entre el 18 de mayo de 1990 y el 30 de diciembre de 1995, 272,57 semanas como se advierte de la historia laboral obrante en el expediente administrativo (Carpetra 05.2) y dan cuenta las certificaciones laborales allegadas por la demandante (fl. 27 archivo 02); además, aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajadora dependiente por el interregno del 1º de enero de 1996 al 31 de enero de 2021, 952,14 semanas, para un total de 1.224,7 semanas en toda su vida laboral (historia laboral expediente administrativo carpeta 05.2); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal, correspondiente a la aplicación del régimen de transición reclamado por la parte activa, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema, que para el caso de la demandante lo era el 30 de junio de 1995, por su condición de trabajadora territorial, tenían 35 o

más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos

Así entonces, en principio, la señora ÁLVAREZ TONGUINO resulta beneficiaria del régimen de transición mencionado, como quiera que contaba con 41 años de edad para el 30 de junio de 1995. Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el parágrafo 4º de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

En tal contexto, descendiendo a verificar el cumplimiento de las regulaciones del Acto Legislativo 01 de 2005, se tiene que referente a la excepción prevista en el parágrafo 4º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, la señora ÁLVAREZ TONGUINO no logró demostrar las 750 semanas cotizadas para el 29 de julio de 2005, para así extender el beneficio transicional hasta el año 2014, pues contabilizadas las semanas cotizadas hasta dicha fecha conforme al reporte de semanas obrante en el expediente administrativo, se concluye que para tal data reportaba únicamente 625,63 semanas efectivamente cotizadas.

De suerte que, la demandante no reunió los requerimientos establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiaria del

estudio prestacional más allá del 31 de julio de 2010 bajo el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 rogado en el *libelo*, ello, en acatamiento al artículo 36 *ejusdem.*

Por lo que habrá de verificarse si la activa, dejó causado su derecho pensional con antelación al 31 de julio de 2010, para lo cual habrá de precisarse que tal como lo destacó el *a quo,* la situación de la señora ÁLVAREZ TONGUINO, no puede dilucidarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que su afiliación al ISS se produjo en enero de 1996, lo que hace evidente que, en realidad la favorecía, de acuerdo con los tiempos públicos cotizados a la Caja de Previsión Social del Distrito, y los sufragados al ISS, el régimen establecido en la Ley 71 de 1988, sistema pensional al que sí se encontraba afiliada y el que, en todo caso, permite la sumatoria de tiempos públicos y privados.

No siendo atendibles los argumentos esbozados en la alzada, pues si bien la activa presentó cotizaciones desde el año 1990, como se refiere en la Resolución SUB 121611 del 4 de junio de 2020 (fls. 36 a 42 archivo 02), lo cierto es que Colpensiones en tal acto administrativo de manera expresa indicó que los ciclos cotizados del 18 de mayo de 1990 al 30 de diciembre de 1995 no fueron aportados a la citada.

Sobre este aspecto, cumple rememorar lo definido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3971-2021 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, que al referirse a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 moduló:

> *«(…) esta Sala de la Corte ha insistido en memorar su criterio vigente y pacífico, según el cual para favorecerse del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, rigurosamente el actor debe haber estado afiliado al sistema anterior con el que pretenda pensionarse, ya que es el que genera una expectativa legítima susceptible de protección legal, que es, por demás, la garantía de remisión, preservación y aplicación de regímenes pensionales anteriores que subyace a esa figura legal, y así, precisamente, fue recientemente recordado en sentencia CSJ SL3045-2021, la cual resolvió un caso con similares contornos.*

> *Así, pues, de cara a lo antes dicho, mal haría esta Sala inobservar el precedente traído a colación, y consecuentemente, dar una solución a la controversia, exclusivamente, acudiendo a la anhelada sumatoria de tiempos públicos con los cotizados al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones,* ***para acceder a la prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990, pues, se insiste, ello solo es posible si el demandante, en efecto, realizó cotizaciones al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que en el sub lite no acontece****»* (Subraya fuera de texto).

Dando alcance al precedente jurisprudencial en cita, fluye diáfana la improcedencia del reconocimiento de la prestación reclamada a la luz del Acuerdo 049 de 1990, en el caso de autos, e igualmente, carece de visos de prosperidad el reconocimiento de la prestación conforme al régimen anterior aplicable a la actora, esto es la Ley 71 de 1990 en su artículo 7º, porque como bien lo refirió la sentenciadora de primer grado, aunque la activa cumplió la edad exigida por la normatividad *ejusdem*, esto es, 55 años, el 2 de mayo de 2009 (fl. 13 y 14 archivo 02 del expediente digital), no logró la densidad de semanas cotizadas (1.028), pues a la data de vencimiento del régimen de transición que lo fue el 31 de julio de 2010, solo cotizó 847,24 (historia laboral expediente administrativo carpeta 05.2).

Ahora, en la medida que las pretensiones invocadas en el cuerpo del escrito inicial, persiguen el reconocimiento de la pensión de vejez, es que esta Sala de Decisión desciende a determinar si de las pruebas allegadas se colige el acceso al *petitum* en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 9º dispuso:

> *«**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

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

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

(…)»

Con tal propósito, de la documental adosada en el expediente administrativo, se evidencia que para la data del último aporte – 31 de enero de 2020- contaba solo con 1.224,71 semanas, incumpliendo de esa manera con el presupuesto de semanas cotizadas que, para ese estadio, concernía a 1300 semanas al tenor de la norma en estudio.

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, no emanan cumplidos los presupuestos para establecer que ÁLVAREZ TONGUINO es acreedora de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modifica por la Ley 797 de 2003.

Dimanando, en la conformación del fallo de primer grado.

COSTAS

Se confirma lo resuelto por concepto de costas en primera instancia. En esta instancia costas a cargo de la demandante 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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BLANCA OLGA ÁLVAREZ TONGUINO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma lo resuelto por concepto de costas en primera instancia. En esta instancia costas a cargo de la demandante dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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 **ANA SILVIA DE JESÚS BORDA BORDA** CONTRA **DERLY DELGADO HERNÁNDEZ** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

---

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

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

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ANA SILVIA DE JESÚS BORDA BORDA** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, el cual terminó por causa imputable a la empleadora; como consecuencia, se condene a las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y lo que resulte probado *ultra y extra petita*. (fl. 4 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 3 archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que en el mes de enero de 1989, la demandada la contrató en forma verbal para prestar sus servicios como empleada doméstica 3 días a la semana. Acota que durante la ejecución del contrato de trabajo recibía órdenes directas de la demandada, a cambio de una remuneración diaria de $2.000, la cual para el último año de prestación de servicios ascendió a $16.000, además, cumplía un horario de hasta 14 horas diarias. Que el 31 de diciembre de 2014 fue despedida por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la señora Delgado Hernández, quien le adeuda las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes a seguridad social, en tanto hasta la fecha no le ha pagado ninguna suma por tales sumas. Concluye indicando que en audiencia de conciliación celebrada ante el Ministerio del Trabajo, la llamada a juicio se limitó a decir que no conciliaba y no suscribió el acta respectiva.

CONTESTACIÓN: La demandada **DERLY DELGADO HERNÁNDEZ** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la parte activa no le prestó ningún servicio personal y remunerado, pues quien la contrató en el año 1989 fue el señor Carlos Julio Díaz Daza para que hiciera el aseo en el inmueble ubicado en la Carrera 79 C No. 2b – 26, interior 4, los días sábados en el horario que

ella misma establecía. Agrega que el señor Díaz Daza siempre le pagó el valor del turno de trabajo, acotando que este falleció el 23 de agosto de 2013, por manera que le permitió continuar laborando los días sábados por generosidad hasta el mes de marzo de 2014. Que debido al estado de salud de la demandante y su avanzada edad, prefirió decirle que no le colaborara más. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho, falta de cumplimiento de los requisitos legales para la existencia de un contrato de trabajo y falta de legitimación de la parte demandada. (fls. 16 a 21 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de noviembre de 2021 resolvió **negar** la totalidad de las pretensiones de la demanda presentada por la actora; **abstenerse** de analizar las excepciones de mérito propuestas por la convocada y sin costas (Archivo de audio 16 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la parte actora no cumplió con la carga de probar que prestó sus servicios a favor de la parte pasiva, acotando que los testigos traídos por la señora Delgado Hernández no tienen la virtud de demostrar tal hecho, puesto que el señor Pablo Emilio García pese a que indicó ver esporádicamente a la demandante en casa de la demandada, no pudo dar referencia de prestación del servicio; además, aunque la testigo Martha Liliana Delgado, como hermana de la accionada dijo que la actora realizaba actividades domésticas en casa de esta y le colaboró después del fallecimiento de Carlos, lo cierto es que de su dicho es imposible extraer los extremos temporales de la prestación de los servicios, en aras de efectivizar los derechos laborales que se pudieron generar en favor de la activa.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante ANA SILVIA DE JESÚS BORDA BORDA, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, el Sistema establecido por el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión a la pandemia para prestar el servicio de administración de justicia, es completamente violatorio del debido proceso, porque no todas las personas tienen ni saben manejar el sistema necesario para acceder al mismo, situación que le impidió enterarse de la audiencia en la se profirió fallo, sino hasta el mismo día en que fue celebrada. Añade que no convive con los testigos decretados y que debía trasladarse muy lejos para hacerlos comparecer, circunstancia que debe ser tenida en cuenta por el Tribunal, a fin que proceda a recepcionar los medios de convicción que no se pudieron recaudar.

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 JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda 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 como problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral entre enero de 1989 y el 31 de diciembre de 2014 y si el nexo feneció de manera unilateral y sin justa causa; derivado de lo que se resuelva, proceder a analizar la prosperidad de los ruegos *demandatorios*.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RELACIÓN LABORAL

Con miras a resolver la *litis* planteada, sea lo primero indicar sobre la solicitud de práctica de pruebas que eleva el apoderado de la parte actora, la misma carece de visos de prosperidad en los términos del artículo 83 del CPT y de la SS, dado que las testimoniales que fueron decretadas a su favor, no se practicaron porque éste no gestionó su comparecencia a la audiencia de que trata el artículo 80 del CPT y de la SS, pese a que fue informado sobre su realización por parte del Juzgado de Conocimiento, como da cuenta el informe secretarial visible en el archivo 19 del expediente digital, siendo por tanto inatendibles los argumentos esbozados en la alzada sobre la violación del derecho fundamental al debido proceso al darle aplicación al Decreto 806 de 2020, puesto que el apoderado conoció de la realización de la diligencia de manera previa, al punto que asistió a ella, y por ello, debió cumplir con su deber de hacer comparecer a los testigos.

Hecha tal claridad, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, no sin antes aclarar que si bien el apelante no debate de ninguna manera la negativa de la juez de conocimiento de reconocer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, las Sala de Decisión considera conveniente hacer un pronunciamiento sobre tal aspecto, dado que ha de reivindicar los derechos mínimos y ciertos de la trabajadora que se avizora, fueron soslayados por el *a quo,* cuando con base en los medios de convicción allegados al proceso, concluyó que la parte actora no acreditó la prestación personal de los servicios a favor de la señora DELGADO HERNÁNDEZ, ni los extremos laborales, posición que no se comparte por este Colegiado, por las razones que se expondrán a continuación.

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

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

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, para lo cual conviene indicar que tanto la prueba documental y las declaraciones allegadas por la demandada no arrojan muchas luces sobre la prestación personal del servicio, en tanto que la activa solo allegó un acta de no conciliación (folio 6 archivo 001 del expediente digital) que no tiene la virtud de constituir confesión en las presentes diligencias, y los testigos del extremo pasivo, esto es, los señores Pablo Emilio García y Martha Lilia Delgado Hernández, quienes únicamente se limitaron a afirmar que la aquí demandante comparecía a la residencia de la accionada de manera muy esporádica, precisando la señora Martha Lilia que conoció a la demandante no como una empleada, sino como una persona que colaboraba en la casa de su hermana la señora Derly Delgado Hernández,

de vez en cuando, los días sábados, sin cumplir horario, pues llegaba tipo 8 o 9 de la mañana, realizaba algunas labores domésticas, y se iba 3 o 4 de la tarde, acotando que quien se entendía con la señora Borda era *"Carlos"* su cuñado, y que después de la muerte de este, a ella se le colaboró con medicamentos, transporte al médico y compañía, además, no le consta que la demandada le haya impartido órdenes, pues la trataba como una familiar más. (archivo 16 del expediente digital).

En igual sentido, la convocada al rendir su interrogatorio de parte no realiza ninguna confesión en su contra, al reiterar que la demandante fue vinculada por su esposo para colaborar en algunas labores domésticas, sin cumplir horario ni recibir órdenes, lo cual hacía manera esporádica, hasta la fecha del fallecimiento de su cónyuge.

Empero, no debe pasar por alto la Sala que, la señora Delgado Hernández al dar contestación a la totalidad de los hechos de la demanda, afirmó que:

> *«Para el año 1989 quien llamo (sic) y fue quien contrato (sic) de manera personal a la demandante fue el señor CARLOS JULIO DIAZ DAZA y la contrato (sic) para que hiciera aseo en el inmueble ubicado en la Carrera 79 C No. 2b – 26 interior 4 los días sábados únicamente en el horario que ella misma se ponía no cumplía horario alguno, ya que era el único día en el que se encontraba el señor CARLOS JULIO DIAZ DAZA por cuanto el (sic) laboraba y su esposa entre semana y por lo tanto no estaban en su residencia si no los fines de semana.*
>
> *(…)*
>
> *Que no es cierto que la demandante trabajo (sic) hasta el 31 de diciembre de 2014, ya que el señor CARLOS JULIO DIAZ DAZA falleció el día 23 de agosto de 2013 y por lo tanto mi representada la tuvo hasta el mes de marzo de 2014 por pura generosidad y debido a su estado avanzado de edad y de salud, la demandante solo iba el día sábado llegaba a la hora que ella misma quería o disponía al igual que se iba a la hora que ella misma quería o disponía no cumplía horario alguno.*
>
> *Nunca hubo un despido injusto o ilegal porque no existía contrato de trabajo con mi representada la señora DERLLY DELGADO, solo fue una ayuda humanitaria después de que falleció el señor CARLOS JULIO DIAZ DAZA y debido a su avanzada edad y estado de salud le prefirió decir*

que no le colaborara más, además siempre la demandante fue independiente de sus funciones y de sus horarios de labor (…)». (Subraya fuera de texto)

De lo precedente, diáfano es concluir que pese a que la demandada en un principio refiere que la prestación personal de los servicios de la demandante lo fue a favor del señor Carlos Julio Daza Díaz, lo cierto es que sí reconoce expresamente haberse beneficiado directamente de su labor los días sábados, por lo menos desde que su cónyuge falleció que lo fue el 23 de agosto de 2013, y hasta el mes de marzo de 2014, data esta en la cual le indicó que ya no compareciera a su hogar.

De suerte que, existe en la contestación de la demanda confesión a través de apoderado que denota la prestación personal del servicio de la activa a favor de la señora Delgado Hernández, que a su vez da paso a la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, al igual que la subordinación laboral, la cual no se halla desvirtuada por las declaraciones arrimadas al proceso, puesto que los testigos solo refieren como indicio de independencia de la demandante la falta de cumplimiento de un horario trabajo y que no les consta haber avizorado la imposición de órdenes, circunstancia que no tiene la virtud o la entidad de derruir tal presunción, menos aun cuando las labores desempeñadas por la trabajadora lo eran las propias del servicio doméstico, como también se confesó, las cuales implican actividades subordinadas y cuentan con toda la protección desde la perspectiva de nuestra legislación laboral.

Puestas así las cosas, habrá de reconocerse la existencia de una relación de trabajo entre las partes, por virtud de la presunción *iurus tatum* contenida en el artículo 24 del CST, que en el causo de autos no se encuentra desvirtuada, por los extremos admitidos en el escrito de contestación, esto es, desde el 23 de agosto de 2013 y hasta el 1º de marzo de 2014, siendo oportuno acotar sobre el extremo final, que si bien no se confiesa un día de terminación del vínculo laboral, sí se refiere el mes de

marzo del año anotado, de manera que ha de pensarse que la activa laboró por lo menos el primero de ese mes.

En lo que comporta al salario, se tiene de los hechos de la demanda, que la parte activa devengaba como suma final diaria la de $16.000, la cual es inferior al salario mínimo diario establecido para los años 2013 y 2014, por tanto, lo propio es tener como remuneración el mínimo legal vigente para cada anualidad, por ser este el tope mínimo en la legislación laboral para remunerar la labor consumada, según lo estatuido en el artículo 145 del CST, al indicar:

> *«Art. Salario Mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural».*

Derecho económico – prestacional que de no declararse en dicho sentido, vulneraría tajantemente los principios propios de un Estado Social de Derecho, en el cual prima la protección efectiva y real de los derechos fundamentales e inherentes a sus habitantes, para el caso de autos, los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores conforme al art. 53 de la Carta Política.

PRESCRIPCIÓN

La parte convocada a juicio propuso en su escrito de contestación la excepción de prescripción (folio 19 archivo 001 del expediente digital). Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años,* ***que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales***

establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el vínculo el 1º de marzo de 2014, por decisión de la demandada, como así lo confesó en su contestación, la actora contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que no fue ejecutada sino hasta la audiencia de conciliación celebrada ante el Ministerio del Trabajo el 5 de septiembre de 2017, folio 6 archivo 001 del expediente digital; además, la demanda fue formulada el 24 de agosto de 2018 (folio 7 archivo 001 del expediente digital), por lo que fluye innegable que todos los derechos derivados del contrato laboral fueron afectados por el trienio prescriptivo, a excepción de los aportes a seguridad social, los cuales en todo caso no pueden ser reconocidos en esta instancia, pues nótese que en las pretensiones no se elevó pedimentos por estos rubros, y el Tribunal no cuenta con facultades *extra y ultra petita*.

Conforme a lo dicho, la Sala revocará la sentencia de primer grado para en su lugar, declarar la existencia del contrato de trabajo en los términos anotados, al igual que declarar probada la excepción de prescripción formulada por la pasiva.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 22 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre la señora **ANA SILVIA DE JESÚS BORDA BORDA** y la señora **DERLY ROSA DELGADO HERNÁNDEZ**, existió una contrato de trabajo verbal a término indefinido, que se ejecutó entre el 23 de agosto de 2013 y el 1º de marzo de 2014, cuya remuneración ascendió al mínimo legal mensual vigente diario establecido para cada anualidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción formulada por el extremo pasivo, sobre las acreencias laborales reclamadas en el escrito de demanda.

TERCERO: ABSOLVER a la señora **DERLY ROSA DELGADO HERNÁNDEZ**, de las pretensiones de carácter condenatorio formuladas en su contra.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RUBY ESMERALDA BERNAL MORA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

---

[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»*

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.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Nicolás Eduardo Ramos Ramos**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.469.231 de Bogotá y tarjeta profesional 365.094 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir, por sustitución concedida por la Dra. Jennifer Lorena Molina Mesa.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **RUBY ESMERALDA BERNAL MORA** a través de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS; como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. trasladarla junto con los aportes realizados y los rendimientos generados; ordenar a Colpensiones recibirla como afiliada; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (Archivo 01 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 11 de junio de 1965, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años de edad; realizó cotizaciones de manera continua al ISS hoy COLPENSIONES desde el 3 de julio de 1986. Aduce que los funcionarios de la AFP PORVENIR se acercaron a su sitio de trabajo señalándole que le era más beneficioso trasladarse al RAIS, pues podría pensionarse más rápido y con unas mejores condiciones económicas,

además que el ISS se iba a liquidar, por lo que en agosto de 2007 se trasladó a dicha sociedad. Finalmente, indica que solicitó el traslado a COLPENSIONES sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, carece de legitimación para pronunciarse sobre la nulidad deprecada, como quiera que COLPENSIONES no participo en el traslado que efectúo la demandante al RAIS. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe. (fls. 108 a 111 archivo 01 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS es completamente válido, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la ineficacia del traslado. Indica que el traslado efectuado a dicha entidad no fue el primer traslado dentro del RAIS, por el contrario la demandante realizó continuos movimientos entre uno y otro régimen a lo largo de su historia laboral, siendo el primer traslado el realizado a la AFP COLFONDOS en el año 1997, posteriormente, se trasladó al RPMPD en el año 2001 y nuevamente decidió trasladarse a la AFP PORVENIR en el 2007, por lo que es claro que la demandante tenía conocimiento suficiente de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 202 a 222 archivo 01 del expediente digital).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la actora se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Añade que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las condiciones bajo los cuales opera el RAIS. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., prescripción, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica (fls. 1 a 15 archivo 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 7 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS por intermedio de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y en consecuencia, declarar válida la afiliación al RPM administrado por Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado; **condenar** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (Archivo 12 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de

traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, dicha entidad sí cumplió con el deber de información vigente para el momento del traslado, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación y la asesoría que se brindó de forma verbal. Indica que deben tenerse en cuenta los actos de relacionamiento y la buena fe con la que siempre administró las cotizaciones de la demandante. Solicita se revoque lo relacionado con la devolución de los gastos de administración y rendimientos, pues éstos son producto de la gestión de la administradora.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, se pudo establecer que la demandante recibió la asesoría necesaria al momento del traslado. Indica que conforme a la jurisprudencia se deben tener como actos de relacionamiento los traslados efectuados. Que se debe analizar la situación particular y que la decisión de la promotora del litigio fue libre y voluntaria. Solicita se revoque la condena impuesta por costas, pues no se tuvo en cuenta que dicha entidad no tuvo ninguna injerencia en los traslados que efectúo la convocante.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intensión de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de

manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 30 a 36 del archivo 01 del expediente digital y frente a la cual, la entidad resolvió en forma negativa. (fls. 56, 58, 60 y 62 archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 24 archivo 01), derecho de petición elevado ante la AFP PORVENIR (fl.26 archivo 01), derecho de petición elevado ante COLPENSIONES (fl. 30 a 36 archivo 01), formulario de afiliación al ISS sin fecha (fl. 39 archivo 01), certificación expedida por COLPENSIONES (fl. 40 archivo 01), historia laboral expedida por COLPENSIONES (fls. 44 a 55 archivo 01), respuesta AFP PORVENIR del 06 de mayo de 2008 (fl. 56 archivo 01), respuesta COLPENSIONES del 08 de abril de 2016 (fl. 58 archivo 01), respuesta COLPENSIONES del 20 de mayo del 2013 (fl. 60 archivo 01), respuesta de COLPENSIONES de 27 de julio de 2016 (fl. 62 archivo 01), historia laboral consolidada AFP PORVENIR (fl. 64 a 78 y 227 a 268 archivo 01), formulario de afiliación AFP PORVENIR (fl. 223 a 224 archivo 01), certificación AFP PORVENIR (fl. 269 archivo 01), consulta de afiliado e historial SIAFP ASOFONDOS (fls. 278 a 280 archivo 01), comunicados de prensa (fls. 281 a 290 archivo 01), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 11).

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y

de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

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

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual

legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y

consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

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

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria

al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la

comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.
Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un

derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 03 de julio de 1986 hasta el 30 de julio de 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 44 a 55 archivo 01 del expediente digital), para luego trasladarse a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 14 de julio de 1997 (fl. 278 archivo 01 del expediente digital); posteriormente, se trasladó nuevamente a COLPENSIONES el 26 de marzo de 2001(fl. 278

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

archivo 01 del expediente digital) y el 26 de junio del 2007 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 278 archivo 01 del expediente digital) fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que las AFP, tenían la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 223 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que el asesor de la AFP COLFONDOS no le brindó ninguna asesoría y se limitó a indicarle que venía de la oficina de Talento Humano y que era necesario que efectuara el traslado y, en cuanto al asesor de la AFP PORVENIR señaló que se encontraba siempre rondando en las instalaciones de la empresa donde laboraba, les llevaba esferos y regalos, pero no les brindó ninguna asesoría y que ella por su desconocimiento firmó el formulario de afiliación. (Audio 11 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de las AFP, que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la

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

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por la demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, la Corporación moduló que:

> *«(…) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.*
>
> *El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).*
>
> *Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».* (Subraya fuera de texto).

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

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el*

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

(…)

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

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

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

COSTAS.

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

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

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

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

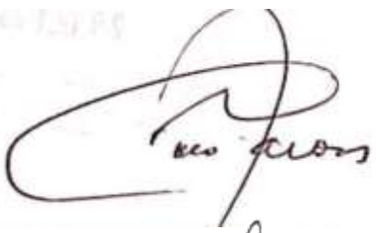
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 7 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **RUBY ESMERALDA BERNAL MORA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en la suma de $600.000, para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

16201900794 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

---

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

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

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

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

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HÉCTOR GAVIRIA MEJÍA** a través de apoderada judicial, solicita se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Protección S.A. por omisión en el deber de información y al ser inducido a error, así como que se su afiliación al RPM se encuentra vigente sin solución de continuidad; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Protección S.A. a comunicar a Colpensiones la ineficacia de su afiliación, y a su vez a esta entidad, a tenerlo como afiliado; se condene a Protección S.A. a trasladar al RPM la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde el 1º de marzo de 2006, junto con los rendimientos financieros que se hayan generado; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio 24).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 24 vuelto y 25 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 28 de octubre de 1957; que cotizó al otrora ISS desde el 14 de febrero de 1980 hasta el 9 de abril de 1992. Refiere que en el mes de marzo de 2006 diligenció solicitud de traslado al RAIS administrado por la AFP Protección, sin que se le hubiere brindado la información con la transparencia necesaria, para garantizarle el derecho a la toma correcta de la decisión relativa a la selección de régimen pensional, acotando que no se le informaron las ventajas y desventajas, ni se le efectuaron proyecciones sobre el monto pensional que le correspondería. Agrega que a la fecha de su traslado únicamente se le dijo

que podía pensionarse a cualquier edad, sin afectar las expectativas que tenía en el RPM, que de permanecer en el otrora ISS se podría ver afectado, dado que tal entidad iba a desaparecer. Que de acuerdo a comunicado emitido por la AFP Protección S.A., a la edad de 62 años solo tendría derecho a una garantía de pensión mínima, la cual resulta claramente inferior a la cuantía que sería definida en el RMP. Aduce que solicitó ante las demandadas que se declara que su traslado al RAIS carecía de validez, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron impetradas en su contra al considerar en esencia que, brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual y su funcionamiento, así mismo, los rasgos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares, tal y como lo hizo el demandante. Agrega que la afiliación del actor a la AFP es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación que cumple todos los requisitos contenidos en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no existe razón para trasladar a su afiliado al RPM, ya que no existió vicio del consentimiento, ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls. 1 a 20 archivo 02 Cd. folio 46).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, en el caso puntual es evidente que el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó de manera voluntaria por el demandante, pues para la época del traslado, es decir 2006, no hacía falta más que la expresión de su querer trasladarse a otro régimen ratificado mediante la firma del formulario del traslado a otro Fondo de Pensión. Añade que no puede el demandante aducir un error o algún vicio en su consentimiento, toda vez que con su permanencia por más de 16 años, se corrobora su intención y querer de permanecer dentro del RAIS. Indica que HÉCTOR GAVIRIA MEJÍA estaba habilitado para el año 2006, sin ninguna prohibición de tiempo para efectuar su traslado, además, no atendió la opción de retornar al RPM con anterioridad, siendo la última oportunidad hasta el 28 de octubre de 2009. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la Seguridad Social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica (fls. 1 a 13 Cd. folio 59).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS el 17 de marzo de 2016, por intermedio de la AFP Protección S.A., debido a la omisión de tal fondo de pensiones en el deber de información a su cargo; **condenar** a la AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo todos sus réditos y frutos

producidos, incluidos gastos de administración y sumas de seguros previsionales, y en general toda suma que se haya recibido en el RAIS, con motivo de las cotizaciones realizadas por el actor; **condenar** a Colpensiones a recibir la totalidad de los recursos condenados en la sentencia y a validar la historia laboral de cotizaciones del demandante en el RPM, el cual se declara es el único al que en forma válida se ha encontrado afiliado el actor; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Colpensiones y a la AFP Protección S.A. (Cd. folio 76).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no se verifica a partir del formulario de afiliación, ni tampoco de la supuesta re asesoría que refiere Protección, dado que la misma proviene de la pasiva, no se encuentra firmada por el demandante y tampoco fue oportuna en la medida en que tuvo lugar cuando este ya no podía retornar al RPM; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, durante el tiempo de afiliación del demandante, la AFP realizó una excelente gestión y una correcta administración de su cuenta de ahorro individual, lo cual se evidencia con los altos rendimientos que se han generado en ella, por lo que la orden de devolver las cuotas de administración representa una castigo para la sociedad y desconoce las

restituciones mutuas de que trata el artículo 1746 del C.C.; igualmente, implica un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, entidad que nunca administró los aportes del demandante. Refiere que tanto los gastos de administración como las cuotas de los seguros previsionales, son descontadas por mandato de la Ley 100 de 1993, en ambos regímenes pensionales, las cuales deben retornarse por existir un perjuicio, que en el caso de autos no se encuentra demostrado si quiera por prueba sumaria. Agrega que las sumas referenciadas no están destinadas a financiar la pensión, y en el caso del seguro previsional, este fue girado a favor de un tercero de buena fe, esto es, la aseguradora, en aras de garantizar el cubrimiento del demandante frente a los riegos de invalidez y muerte, por manera que no existe justificación para su devolución, menos aun cuando ese tercero no fue vinculado al proceso.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que *«la declaratoria de ineficacia del traslado vulnera o quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, mi representada no puede asumir el arrepentimiento del demandante, habiendo ejercido su derecho a la libre escogencia, pues no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad, sobre todo por su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual durante tantos años. La decisión vulnera el conjunto normativo previsto especialmente en la Ley 797 de 2003, la Ley 100 del 93 y el Decreto 3800 de 2001; adicionalmente, todas las conductas desplegadas por mi representada fueron de buena fe y con la plena convicción de estar obrando conforme a derecho, razón suficiente para que se revoque la condena en costas».*

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo del primer grado aduciendo para el efecto que al momento de la afiliación, el asesor de la AFP no le entregó la información suficiente con la exposición de razones, beneficios e inconvenientes debidamente sustentadas para garantizar el derecho a la toma correcta de la decisión de selección de régimen pensional, no se le presentaron las proyecciones del posible valor de mesada pensional en Régimen de Prima Media y en el Régimen de Ahorro Individual, además, si bien para dicha fecha aún era muy pronto para determinar con certeza cual sería el valor de su mesada pensional al momento de reunir requisitos, sí era posible presentarle proyecciones, toda vez que el fondo contaba con la información completa y detallada sobre su historia laboral. Aduce que tampoco se le brindó a través de sus asesores, información idónea respecto a las ventajas y desventajas que se podían originar por el traslado de régimen pensional, acotando que el asesor actuó como un simple vendedor, al que no le importó si la decisión que tomaría afectaba o no sus expectativas pensionales, por el contrario, le aseguró que podría pensionarse a la edad que quisiera y con un valor de mesada pensional que no afectaría las expectativas que traía del régimen que tenía en ese momento, de lo que emana que el traslado de régimen pensional no se produjo de forma libre e informada, al no habérsele dado la información completa, comprensible y oportuna.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro

Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intensión de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, refiere en síntesis que la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aporte realizados por los afiliados, para cubrir gastos de administración y seguros previsionales, que opera en ambos regímenes, acotando que su devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión, máxime que ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor, generados por la buena gestión realizada por la AFP, por lo que esta tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 18 a 19 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 5), historia laboral consolidada emitida por la AFP Protección (fls. 6 a 13), derechos de petición elevados ante la AFP Protección y Colpensiones con sus respuestas (fls. 14 a 22), simulación pensional (fl. 23), expediente pensional del demandante allegado por la AFP Protección (archivo 02 Cd. a folio 46), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 60), e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y la representante de la AFP Protección (Cd. a folio 76).

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

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

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

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

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.*
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta*

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y

de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual

legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y

consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria

al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la

comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.
Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un

derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 14 de febrero de 1980 hasta el 9 de abril de 1992, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones allegada con la contestación de la demanda (Cd. a folio 59), para luego trasladarse a la AFP Protección el 17 de marzo de 2006, conforme se advierte del formulario de afiliación (fls. 21 a 22 archivo 02 Cd. a folio 46), fondo éste último, al cual se encuentra

actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fls. 21 a 22 archivo 02 Cd. a folio 46), pues si bien tal documento contiene una carta de validación de asesoría, en la misma no se advierte que se le haya indicando al actor los presupuestos que se requieren para pensionarse en el RAIS, sea por invalidez o vejez, y tampoco se advierte información relativa al RPM.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«la persona que nos manejaba los temas de recursos humanos convocó a una reunión a todos los funcionarios de la compañía, éramos en total 10 o 12 personas que fuimos convocadas a una reunión en la sala de juntas de la oficina y donde fue un funcionario de Protección a darnos una charla sobre el fondo privado Protección y pues digamos que en esa presentación que hizo esta persona, pues digamos que fue una presentación en donde nos hizo evaluar realmente las bondades que tendría salir del Seguro Social y pasar a un fondo de capital privado donde pues definitivamente era un fondo o es un fondo que tiene el respaldo del Grupo Antioqueño, yo soy de familia antioqueña y pues sé lo que representa hacer parte de algo donde está Grupo Antioqueño, es una digamos que el respaldo que tiene Grupo Antioqueño para mí fue mucho más poderoso que lo que se mencionó también, me hicieron ver que realmente el Seguro Social era una entidad oficial, una entidad que los fondos no tenían la seguridad que podrían tener los fondos administrados por una compañía, una filial del Grupo Antioqueño y pues*

definitivamente yo sentí definitivamente que mi pensión iba a estar en manos mucho más seguras si era administrado por el fondo de pensiones como Protección». Agregó que no le asesoraron sobre la manera en como se construye la pensión en el RAIS, tampoco le dijeron que se pensionaría con los aportes y rendimientos reportados en la cuenta de ahorro individual y no le mencionaron el bono pensional. (Cd. a folio 76).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada

Protección S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de la administradora de fondos de pensiones, quien logró rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo*

1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración surge para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

La demandada Colpensiones, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de condena en costas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la

otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada el Juez de primer grado dispuso la imposición de condena en costas a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal manera que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual se confirma la decisión en costas impuesta por el *a quo*.
En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Protección S.A.
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **HÉCTOR GAVIRIA MEJÍA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se conforma la condena en costas impuesta por el *a quo.* En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Protección S.A., dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
(Salva voto)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección y Colpensiones en la suma de $600.000, para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO** a través de apoderado judicial, pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de los 4 meses siguientes a la solicitud de la prestación, junto con su reliquidación considerando las cotizaciones simultáneas reportadas en su historia laboral, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 vuelto y 5 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 17 de julio de 1955 y actualmente cuenta con 64 años; que prestó sus servicios a favor del sector oficial y el sector privado, efectuando sus cotizaciones al RPM administrado por Colpensiones, en donde igualmente efectuó cotizaciones simultáneas. Aduce que una vez cumplió con los requisitos de edad y tiempo, el 19 de julio de 2017, presentó renuncia al cargo ante la Gerencia de la Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., la cual le fue aceptada en la Resolución 573 del 21 de julio de símil año, a partir del 24 de julio de 2017. Que el 2 de agosto de 2017, solicitó ante el Hospital Universitario Clínica San Rafael el retiro del Sistema General de Pensiones, además, el 18 de septiembre del mismo año reclamó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB 83244 del 27 de marzo de 2018 conforme a la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de $12.667.345 a partir del 1º de abril de 2018, cuya liquidación no tuvo en cuenta la fecha de retiro y tampoco las cotizaciones simultáneas efectuadas. Que mediante comunicado del 17 de abril de 2018, el Hospital Universitario Clínica San Rafael le reiteró a Colpensiones que el actor el 2 de agosto de 2017 presentó petición de retiro del Sistema General de Pensiones, por haber

cumplido los requisitos del causación del derecho. Añade que el 17 de agosto de 2018, requirió ante la llamada a la acción la reliquidación de la prestación, la cual le fue negada en Resolución SUB 175225 del 5 de julio de 2019, confirmada mediante Resolución SUB 206728 del 31 de julio de símil año.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no se reportó novedad de retiro por parte del empleador Hospital Universitario Clínica San Rafael para el período de julio de 2017. Añade que la pensión fue liquidada teniendo en cuenta las cotizaciones dentro de la fijación del IBL. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados cobro de lo no debido, prescripción, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, no configuración de condena por intereses moratorios, compensación y la genérica (folios 136 a 140).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 2 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, a partir del 2 de agosto de 2017, en cuantía inicial de $12.169.608, por 13 mensualidades al año, la que en lo sucesivo debe ser objeto de los reajustes legales anuales a cargo de la entidad demandada Colpensiones; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la suma de $96.545.557 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 2 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018; **condenar** a Colpensiones a pagar al demandante los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 18

de enero de 2018 y hasta que se verifique el pago de las mesadas adeudadas; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por la accionada, particularmente la de prescripción; **condenar** en costas a la parte pasiva (CD folio 167).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que en el caso de autos es procedente reconocer la prestación desde el 2 de agosto de 2017, dado que no se advierte cotización alguna con posterioridad a tal data, indicativa que el actor tenía la intención de seguir cotizando para mejorar su mesada pensional, pues el último ciclo de aporte fue en julio de 2017, a más que en comunicado de dicha fecha manifestó a su empleador su voluntad de no continuar efectuando aportes. Sumando a ello que, el accionante elevó solicitud de reconocimiento pensional el 18 de septiembre de 2017, cuando ya tenia reunidos los requisitos para la causación de la prestación, siendo clara su intención de desafiliación del Sistema General de Pensiones. Añade que no es procedente la reliquidación perseguida, porque si bien se observan cotizaciones simultáneas, estas solo impactan el IBL y no suponen el incremento de las semanas cotizadas, acotando que Colpensiones al determinar el valor de la mesada pensional, tomó todos los salarios reportados por cada empleador.

RECURSO DE APELACIÓN:

La **parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, al igual que la sentencia T-626 de 2014, no es dable confundir la causación y el disfrute de la pensión, pues la primera ocurre cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, y la segunda, desde que se eleva la solicitud de reconocimiento pensional. Indica que al actor se le ha reconocido en tiempo la prestación de vejez, además, aunque se advierte aceptación de renuncia a partir del 27 de julio de 2017, con el empleador Sub Red Integrada de Salud Sur Occidente E.S.E., lo cierto es que no se reportó

la novedad de retiro en su última cotización, que lo fue en julio de 2017, con su otro empleador Hospital Universitario Clínica San Rafael, por lo que la pensión debe reconocerse a fecha de inclusión en nómina, esto es, el 1º de febrero de 2018. Refiere que los intereses moratorios no se causan sobre diferencias pensionales, conforme al criterio vertido en las sentencias SL685-2017, 30852 del 6 de diciembre de 2012, 42785 del 27 de julio de 2012 y 30928 del 6 de marzo de 2013, a más que los mismos se generan a partir del mes 6º del radicado de la solicitud pensional, y son incompatibles con la indexación.

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: Indica este extremo procesal que la pensión de vejez del actor le fue reconocida en tiempo y le ha sido pagada cumplidamente desde la fecha de inclusión en nómina de pensionados, lo cual nos permite concluir que no existe la mora endilgada a la entidad. Agrega que la última cotización realizada por el actor como trabajador dependiente no reporta la respectiva novedad de retiro (r) por parte del empleador HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, para el mes de julio de 2017, en consecuencia, la pensión de vejez se debe reconocer a partir de la inclusión en nómina de pensionados, esto es a partir del 1º de febrero de *"2017"*.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de los recursos de reposición y en subsidio apelación formulados por el actor contra la Resolución SUB 175225 del 5 de julio de 2019, mediante los cuales solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional, junto con los intereses moratorios (folio 38).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento, el recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si el actor tiene derecho al disfrute de su pensión de vejez desde el 2 de agosto de 2017; así como establecer la procedencia de los intereses moratorios reclamados en el *libelo genitor*.

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado de FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 10),

planilla integrada de autoliquidación de aportes (fl. 13), certificado de aportes al Sistema de Protección Social (fls. 14 y 15), Registro único de Afiliados-RUAF (fls. 16 a 17), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 18 a 31), Resoluciones SUB 83244 del 27 de marzo de 2018 y SUB 206728 del 31 de julio de 2019 (fls. 32 a 44), reclamación administrativa (fls. 45 a 55), certificados de información laboral (fls. 56 a 74, 77 a 97 y 99 a 101), solicitud de retiro ante el Hospital Universitario Clínica San Rafael (fls. 75 a 76), Resolución 573 del 21 de julio de 2017, mediante la cual se aceptó renuncia al cargo ostentado por el actor (fl. 98), radicación de información laboral y su respuesta (fls. 102 a 106); probanzas de las cuales se colige, que al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 83244 del 27 de marzo de 2018, a partir del 1º de abril de 2018, en cuantía inicial de $12.667.345, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; en igual sentido, se acreditó que el señor MARTÍNEZ PACHECO cotizó para los riesgos de I.V.M. por el lapso del 22 de agosto de 1991 al 31 de julio de 2017 un total de 1.859,29 semanas (fls. 18 a 31); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

FECHA DE DISFRUTE

Corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual el accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

> «***ARTÍCULO 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.*** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su* ***desafiliación*** *al régimen para que se*

pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo." (…)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona» (acentúa la Sala)*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha de disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia SL 5603 Rad. 47236 del 6 de abril de 2016 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que *«en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente (…) en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que* ***la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema*** *(…) Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales,* ***dedujo que la intención del actor de no***

seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez» (Resalta de la Sala)

En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, encuentra diversos presupuestos fácticos que le permiten inferir la desafiliación a partir del día siguiente al última cotización al subsistema de seguridad social en pensiones, acaecida el 31 de julio de 2017 (folio 21 y vuelto), como lo es el cumplimiento de la edad pensional el 17 de julio de 2017, folio 10, la solicitud de reconocimiento pensional el 18 de septiembre de 2017 (folio 33), e incluso la solicitud elevada ante su empleador Hospital Universitario Clínica San Rafael formulada el 2 de agosto de 2017, para que se le retire del Sistema General de Pensiones (folio 75) y el cese en el pago de aportes, lo que demuestra un actuar por demás diligente del afiliado y corrobora el querer inequívoco en el retiro del sistema de seguridad social en pensiones.

Motivo por el cual, sería pertinente concretar como data de fecha de disfrute la concerniente al 1º de agosto de 2017, no obstante, como el Juzgado de Conocimiento la determinó desde el 2 de agosto de símil año, cuando el actor solicitó su retiro ante su patrono, es que esta Sala se encuentra impedida en hacer más gravosa la situación de Colpensiones, sobre quien se efectúa el análisis del grado jurisdiccional de consulta bajo el principio de la no *reformatio in peius.*

Efectuada la deflactación de la mesada, teniendo para el efecto la cuantía pensional establecida por la pasiva en Acto Administrativo SUB 83244 del 27 de marzo de 2018, atinente a una cuantía de $12´667.345, se obtiene que para el año 2017 la mesada asciende a la suma de $12´169.608 como así lo determinó el *a quo*. Igualmente, se tiene que se le adeuda al actor por concepto de mesadas pensionales entre el 2º de agosto de 2017 y el 31 de marzo de 2018 el valor de

$110´614.029 por lo que sería del caso modificar la cuantía impuesta en la sentencia de primera instancia, pero al analizarse tal rubro a favor de Colpensiones, no puede imponerse mayor peso a su condena en la medida que la Juez de Conocimiento estableció el valor de $96’545.557, dejándose incólume el rubro establecido en primer grado.

INTERESES DE MORA

La inconformidad de la parte demandada se centra en indicar que los intereses de mora de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, no se causan en tratándose de la existencia de diferencias pensionales a favor del pensionado.

Manifestación anterior, que encuentra desacertada esta instancia, en la medida que los valores reconocidos a favor del actor no lo son en virtud de una reliquidación pensional, sino de la existencia de un saldo a su favor por las mesadas completas que se generaron desde el 2 de agosto de 2017, siendo relevante acotar que las mismas no se causan al reconocimiento de la pensión (Acto Administrativo), sino que estas, se derivan del cumplimiento de los requisitos mínimos de la norma legal que persigue, es decir, desde que el afiliado cumple con los pedimentos propios de la prestación pensional que apremia, para el caso de autos, la pensión de vejez de FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO.

Ahora, es de aclarar, que si bien las mesadas pensionales para la prestación de vejez se causan a la fecha de cumplimiento de los requisitos de Ley, previo el retiro del sistema del afiliado (31 de julio de 2017), los intereses moratorios no se reconocen desde dicha data, pues las entidades de previsión social cuentan con un periodo de exención en el otorgamiento, correspondiente cuatro (4) meses contados desde la radicación de la solicitud pensional y, vencido dicho termino, es que procede el reconocimiento y pago de los intereses de que trata el art.

141 de la Ley 100 de 1993, como lo considera la Sala Mayoritaria de Decisión en los términos de la Ley 700 de 2001.

Supuestos fácticos que se configuran en el caso de autos, pues el demandante en tiempo – desde el 18 de septiembre de 2017, acreditó ante la entidad demandada el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, tales como edad y densidad de cotizaciones exigidos por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, y Colpensiones solo mediante Resolución SUB 83244 del 27 de marzo de 2018 accedió a la solicitud del demandante y resolvió conceder pensión de vejez, pero, a partir del 1º de abril de 2018 (folio 33 a 36).

De tal manera que resulta evidente que se ha incurrido en mora por parte Colpensiones en el referido reconocimiento, lo que deja entrever una conducta omisiva e irresponsable de la llamada a juicio, pues es bien sabido que tratándose de derechos pensionales estos deben observarse con la mayor pulcritud y responsabilidad, más aún cuando la mora DE Colpensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez no se funda en ningún argumento válido, ni mucho menos en la sostenibilidad financiera.

Así, tratándose de una entidad oficial de seguridad social, y siendo esta un servicio público de carácter obligatorio (Art. 48 de la Constitución Política de Colombia), tiene la obligación en sus actuaciones administrativas, de desarrollarlas especialmente con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía procesal y celeridad como lo ordena el art. 3 del C.P.A.C.A. sobre la forma como deben actuar las entidades del Estado en la prestación de los servicios públicos y, en respeto y observancia de los artículos 13 y 46 de la Constitución Política de Colombia.

En el asunto jurisdiccional, y atendiendo que la Sala Mayoritaria de Decisión considera que tal interregno de gracia realmente concierne a 4 meses, bajo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, es que se confirmará la determinación objeto de revisión, la cual ordenó que aquellos se paguen desde el 18 de enero de 2018 y hasta la fecha de pago de las mesadas adeudadas.

DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folio 131 y vuelto).

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: *"…Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto..."* (Subraya y resalta la Sala). En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al reconocerse la

pensión mediante la Resolución SUB 83244 del 27 de marzo de 2018 (folios 33 a 36), reclamarse el pago del retroactivo el 17 de agosto de 2018 (fls. 45 a 49) e interponerse la demanda ordinaria laboral el 17 de septiembre de 2019 (folio 108), resulta indudable que en el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo, como a bien tuvo indicarlo la Juez de Conocimiento.

COSTAS

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 2 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, dadas las resultas 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
(Salva voto parcial por el termino a partir del cual se cuentan los intereses moratorios)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en la suma de $600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ** CONTRA **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES-FONCEP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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 **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortíz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ ORTIZ** a través de apoderada judicial, pretende se condene a la demandada a indexar la primera mesada de la pensión sanción que le fue reconocida, teniendo en cuenta la nueva posición de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 20 de agosto de 2019 radicación 78564, junto con el retroactivo pensional, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 vuelto y 5 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que le fue reconocida una pensión sanción mediante sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, respecto de la cual se solicitó la indexación de la primera mesada, habiéndose radicado la respectiva demanda en el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en cuyo trámite el FONCEP formuló la excepción de cosa juzgada, la cual fue declarada en primera y segunda instancia en desconocimiento del precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento. Refiere que en un caso similar que se presentó con el señor Francisco Wilfrido Castillo Quiñonez, se declaró probada la excepción de cosa juzgada por parte del Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá confirmada por el Tribunal, no obstante, en proceso posterior la Corte Suprema de Justicia procedió a casar la sentencia del Colegiado. Añade que su último salario promedio ascendió a la suma de $326.279,33 para el 30 de julio de 1998 y que oportunamente agotó la vía gubernativa.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES-FONCEP** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la pensión fue reconocida en cumplimiento de un fallo judicial en los términos en que fue proferido por la respectiva instancia, lo cual constituye cosa juzgada, no habiendo lugar a que jurídica y procesalmente se pueda efectuar ningún otro tipo de ajuste a favor del demandante. **Excepciones**: Propuso como medios exceptivos los titulados cosa juzgada pronunciamiento de: Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, Tribunal Superior de Bogotá, Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Corte Suprema de Justicia Sala Civil, inexistencia del derecho solicitado, prescripción y la genérica (folios 181 a 184).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de noviembre de 2021, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **declarar** probados los hechos sustento de la excepción de cosa juzgada; **condenar** en costas a la parte activa (CD folio 238).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que el actor surtió dos procesos ante el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá y ante el Juzgado 16 Laboral del mismo Circuito, este último bajo el radicado 2013-00684 y aun ante el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2016-00333, en los cuales solicitó la indexación de la primera mesada pensional, desistiendo de tal pedimento de manera expresa, libre y voluntaria ante el Juzgado 4º Laboral, lo cual equivale a una sentencia absolutoria con efectos de cosa juzgada, como se indicó por los Juzgados 16 y 24 Laborales de este Circuito, por lo que concurren los requisitos previstos en el artículo 303 del CGP, sobre identidad de partes, causa y objeto. Adiciona que según la jurisprudencia imperante cuando se definió el proceso 2016 00333, el

cambio de precedente no constituida un hecho nuevo que lograra desvirtuar el principio de la cosa juzgada, toda vez que no era dable reabrir procesos tantas veces tuvieran lugar las variaciones en la jurisprudencia, no obstante, como lo refiere la parte activa, en sentencia SL3492-2019, la Corte Suprema de Justicia estableció que la Corte Constitucional con su precedente de la indexación de la primera mesada pensional dejó sin efectos los procesos iniciados ante esta jurisdicción en los que se negó el reconocimiento de tal pedimento, con el fin que los interesados pudieren iniciar un nuevo litigio, sin que fuera aceptable la prosperidad de la cosa juzgada, porque el nuevo precedente del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sí constituíaun hecho nuevo, tesis que se ratificó en las sentencias SL3276-2019, SL717-2021 y SL3264-2021; de suerte que en el *examine* no sería procedente declarar la cosa juzgada, empero, la nueva posición de la Corte Suprema de Justicia no resulta aplicable al caso de marras, dado que no se trata de un asunto en el cual se negó la indexación de la primera mesada pensional, al no encontrarse aun vigente el precedente que sobre la materia definió la Corte Constitucional, dado que el actor persiguió en dos ocasiones la indexación de la primera mesada pensional invocado la tesis de este alto Tribunal, tanto en el proceso 2013 684 como en el proceso 2016 333, por tanto, en el caso sí es dable declarar el medio exceptivo en referencia.

RECURSO DE APELACIÓN:

La **parte demandante el señor JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ** censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, si bien ha formulado varias demandas solicitando la indexación de la primera mesada pensional, lo cierto es que en el proceso primigenio, en el que adicionalmente se peticionó el reconocimiento de la pensión sanción, no se planteó la indexación de la base salarial para liquidar la pensión, sino de otros emolumentos como primas y cesantías. Aduce que aunque desistió del proceso ante el Juzgado Cuarto Laboral, ello no le impide solicitar la indexación de su mesada pensional, por cuanto se trata de un derecho irrenunciable conforme se indicó en la sentencia SL 1062-2018, acotando que ello lo hizo porque estaba cursando otro proceso en el Juzgado 16 Laboral. Refiere que debe considerarse la

sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 2014 811, en donde fue demandante el señor Francisco Wilfrido Castillo Quiñónez, datada 20 de agosto de 2019, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, y en la cual la Alta Corporación fijó su posición en relación con la indexación de la primera mesada pensional, estableciendo que las sentencias T 183 de 2012, SU 120 de 2013, SU 062 de 2006 y C891A de 2006, deben ser interpretadas como un hecho procesal nuevo relevante para determinar la cosa juzgada constitucional en la materia referida, siendo el sentido del fallo favorable a las pretensiones del demandante, lo cual se reiteró en el proceso del señor José Enrique Castro. Concluye indicando que no se le puede desconocer su derecho constitucional a la indexación de la primera mesada pensional y por tanto, se debe revocar la sentencia de primer grado y acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que no cabe la menor duda de que en el caso *sub examine*, es procedente la indexación reclamada, como quiera que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, la indexación de la primera mesada pensional se erige como derecho fundamental. Resalta que no es procedente declarar la cosa juzgada, conforme a así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en un caso similar al que nos convoca, mediante la sentencia SL 3576 de fecha 10 de agosto de 2021 con ponencia de la Magistrada Olga Yineth Merchán Calderon.

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 desprende de la petición elevada el 9 de octubre de 2019, donde se reclama la indexación de la primera mesada pensional, folios 87 a 95.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar si hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional del demandante o, si por el contrario, debe confirmarse la declaratoria impartida por el *A- quo* referente a la excepción de cosa juzgada.

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL – COSA JUZGADA

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción inició por demanda interpuesta por JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ORTÍZ contra FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES-FONCEP *libelo* demandatorio mediante el cual pretende la indexación de la pensión sanción que le fue reconocida, teniendo en cuenta para el efecto la sentencia SL3492-2019, folios 3 y 4.

Así mismo, evidencia esta Sala de Decisión copia de la sentencia datada 31 de julio de 2003, emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 1999 00101, en cuyo contenido se indica que varias personas, entre ellas el aquí demandante, promovió proceso ordinario laboral contra Bogotá D.C. por medio del cual suplicó:

> *«Condenar a Santa Fé de Bogotá D.C. al reconocimiento y pago, indexado, de la pensión sanción, a partir del momento del destino (sic), si en tal momento se tienen cumplidos los 50 años de edad o a partir de la fecha en que se acredite cumplirlos y a lo que resulte probado en juicio»*[2]

Alegando la parte actica que trabajó al servicio de la extinta Empresa de Servicios Públicos Edis por más de 10 años de servicio y que fue despedido sin que mediara justa causa; frente a lo cual consideró el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, que el aquí demandante no podía beneficiarse del reconocimiento de la prestación con la debida indexación, dado que junto con otros accionantes procedió a desistir de las pretensiones.

Determinación que fue confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial en proveído del 31 de marzo de 2004 (fls. 90 a 104 archivo *"JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ.pdf"* carpeta 02 del expediente digital), al considerar que:

> *«(…) En relación a JOSE ANTONIO GOMEZ se desistió (fl. 287),* ***así como de JESÚS HUMBERTO BENVIDEZ (fl. 395), motivos que impiden***

[2] Folios 81 a 89 archivo *"JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ.pdf"* carpeta 02 del expediente digital.

examinar las pretensiones de estas personas». (Subraya fuera de texto)

En igual sentido, se constata que el accionante gestó nuevo proceso contra el FONCEP, persiguiendo entre otras cosas la indexación de la primera mesada pensional, el cual correspondió por reparto al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2013 00684 (fls. 212 y 213 archivo 01 carpeta 01 contenida a su vez en la carpeta 04 del expediente digital), dentro del cual el Juzgado de Conocimiento en sentencia del 20 de febrero de 2015, resolvió absolver a la demandada de las pretensiones formuladas por el actor y declarar probada la excepción de cosa juzgada, decisión que fue confirmada por este Tribunal en proveído del 15 de abril de 2015 (Archivo de audio carpeta 03 contenida en la carpeta 04 del expediente digital), acotando esta Corporación que:

«(…) Por lo anterior no puede ser de recibo lo manifestado por la recurrente, se reitera en cuanto a que se trató de la indexación de los factores salariales, como tampoco respecto a que se trata de un hecho nuevo según la sentencia 891 A de 2006 el que toda pensión sanción debe ser actualizada teniendo en cuenta la fórmula que aparece en la sentencia de unificación de la Corte Suprema de Justicia, pues se analizó y reconoció la indexación de la primera mesada pensional a aquellos demandantes que no desistieron de la demanda presentada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

Ahora, no puede ser asunto de estudio en este proceso la procedencia o no del desistimiento que fuera presentado por el actor en el proceso en el adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad y que fuera manifestado en la parte considerativa del fallo allí proferido, o sea el del 31 de julio de 2010, pues ello fue objeto de estudio en dicho proceso y de tal decisión conoció el Tribunal Superior de Bogotá al surtirse el recurso de apelación, donde tuvo en cuenta el desistimiento presentado por el actor en audiencia 7 de marzo de 2002 (folio 210), razón por la que no es posible en esta oportunidad volver a su estudio, ya que de lo contrario se estaría entrando a modificar una decisión proferida por este mismo Tribunal aunque hubiera sido de otra Sala (…)».

Con posterioridad, el promotor de la *litis,* formuló nueva demanda ordinaria laboral contra la aquí demandada, la que fue repartida al

Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2016 333, pretendiendo la indexación de la primera mesada pensional y exponiendo como hechos que laboró para la Empresa Distrital de Servicios Públicos-EDIS, entidad que lo despidió sin justa causa, siéndole reconocida pensión sanción por virtud de decisión judicial, la cual esta llamada a ser indexada conforme a la providencia C-891 de 2006, que no había sido proferida al momento de serle reconocida la prestación (fls. 3 a 5 archivo 01 de la carpeta 01 contenida en la carpeta 04 del expediente digital).

Asunto respecto del cual se pronunció el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá en auto del 11 de septiembre de 2018, en el sentido de declarar la excepción de cosa juzgada, determinación que fue confirmada por este Tribunal en decisión del 12 de marzo de 2019 (Carpetas 04 y 05 contenidas a su vez en la carpeta 04 del expediente digital).

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de la parte demandante la norma que instituyó la figura procesal de la cosa juzgada, que no es otra diferente al art. 332 del Código de Procedimiento Civil que señaló:

> *«ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*
> *(…)»*

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto "*eadem res*", se funde en la misma causa que el

anterior "*eadem causa petendi*" y, que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes "*eadem conditio personarum*".

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutiva de la respectiva sentencia. En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación[3].

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con los 3 procesos resueltos por los Juzgado Cuarto, Dieciséis y Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., límite subjetivo que coincide en todos los juicios; respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* salta evidente que el *petitum* condenatorio deriva de la indexación de la primera mesada pensional, como aspecto rogado en todos los litigios.

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A- quo* resultó acertada, en tanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, por la manifestación previa de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en atención a otro pleito judicial, especialmente, en lo que atañe a la aceptación del desistimiento de las pretensiones de la parte activa en el proceso conocido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

---

[3] H. Corte Constitucional T-185 de 2013

Lo cual resulta de la mayor importancia para el presente caso, contrario a lo manifestado por el recurrente, dado que conforme al artículo 314 del Código General del proceso aplicable a los juicios del Trabajo por vía del artículo 145 del CPT y de la SS, el desistimiento *«implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada».* Y es por ello que, tanto el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 2013 684, como el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá consideraron que en el caso del actor claramente concurrían los elementos de la cosa juzgada, decisiones que por demás no pueden ser desconocidas por este Tribunal, menos aun cuando el Colegiado a través de sus distintas Salas de Decisión procedió a su confirmación.

Cumple destacar, que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia en sentencia bajo radicación 31607 del 28 de abril de 2009 con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez advirtió la inmutabilidad de las providencias, como garantía del principio de la seguridad jurídica que identifica el Estado Social de Derecho, proveído que señaló:

> *«… no es que al actor se le esté desconociendo un derecho por un impedimento procesal, sino que éste (su derecho) ya fue definido en un proceso anterior, donde se le otorgaron todas las garantías, y donde se dio amplio debate a sus pretensiones y donde se hizo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, lo que no es posible es que ese debate se presente indefinidamente, cada vez que el actor considere que tiene una oportunidad de salir avante y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.*
>
> *Es del caso reiterar aquí lo dicho en torno al tema, en reciente fallo del 3 de marzo del corriente año (radicación 35829), frente a similar planteamiento:*
>
> > *"Ello, por la potísima razón de que el acceso a la administración de justicia impone a los jueces competentes en las diversas causas el*

deber de resolverlas conforme al ordenamiento jurídico que las regula, con observación de las formas propias de cada juicio y, de ser necesario, auxiliándose de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial que son. Pero a la vez, el ejercicio de tal derecho impone a los particulares, entre otras, la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo que implica para quienes acuden a ella el acatamiento de lo allí resuelto, de modo que, por tal razón, la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predican de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias" (Resalta fuera de texto)

Ahora bien, aunque la parte actora echa mano de la sentencia SL3492-2019, para justificar la procedencia de la indexación de su primera mesada pensional, en tanto en ella la Corte Suprema de Justicia indicó que para el caso puesto a su consideración no existía cosa juzgada, dado que las sentencias SU 120 de 2003, C862 de 2006 y C 89 IA de 2009, constituían hechos procesales nuevos, dado que en el proceso primigenio la justicia le denegó al allí accionante sus pretensiones con fundamento en la falta de sustento normativo que así lo estableciera, lo cierto es que tal posición no resulta aplicable para el *sub judice*, como quiera que la situación fáctica del actor no se ajusta a los presupuestos analizados por la Corte Suprema en la sentencia SL3492-2019.

Así, del recuento probatorio efectuado con anterioridad, es claro que la justicia ordinaria nunca le negó la indexación de la primera mesada pensional al actor; antes bien, en el proceso surtido ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, se reconoció esa indexación a aquellos demandantes que no desistieron de sus pretensiones, siendo claro que la negativa dada al accionante sobre su pretensión, se sustenta claramente en su desistimiento, el cual era posible hasta tanto no se profiriera sentencia en tal causa, conforme a lo previsto en el artículo 314 del Código General del Proceso.

De suerte que, el reproche de la parte activa en torno a ese desistimiento no puede salir avante, porque la ley no lo condiciona a la inexistencia de derechos ciertos e indiscutibles, y en todo caso, porque ya fue aceptado en el proceso ordinario laboral surtido por el Juzgado Cuarto del Circuito de Bogotá, cuya decisión se *itera*, fue confirmada por este Tribunal sobre este puntual aspecto.

De lo expuesto se sigue, la necesaria confirmación de la sentencia de primera instancia, al compartirse a cabalidad lo considerado por el Juzgado de primer grado, pues el desistimiento efectuado por el actor ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 1999-101, surte plenos efectos sobre la indexación de la primera mesada, debiendo el demandante soportar las consecuencias de tal manifestación de voluntad, que no es otra que cerrar la posibilidad de un nuevo debate jurídico acerca del mismo asunto.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo.* En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante, dada las resultas de la alzada.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 19 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JESÚS HUMBERTO BENAVIDEZ** contra **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS,**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CESANTÍAS Y PENSIONES-FONCEP, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, dadas las resultas de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

26201900530 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MARINA CUERVO MONTERO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **LUZ MARINA CUERVO MONTERO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS el 17 de febrero de 1998; al igual que se encuentra válidamente asignada al RPM; ordenar a Colpensiones mantenerla en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento del traslado inicial; ordenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes efectuados al RAIS desde marzo de 1998 hasta enero de 2017, junto con los rendimientos financieros, así como el valor descontado por concepto de administración, y remitir toda la información necesaria para que se actualice su historia laboral; ordenar a la AFP Protección devolverle los aportes efectuados al RAIS desde febrero de 2017 hasta el último aporte que haya realizado, junto con los rendimientos financieros, así como el valor descontado por concepto de administración; ordenar a Colpensiones actualizar la historia laboral,

reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 8 de enero de 2017 con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años o en toda su vida laboral; condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas (fls. 4 a 5 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 8 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 8 de enero de 1960; se afilió al otrora ISS a partir del 29 de diciembre de 1986. Que el 17 de febrero de 1998, solicitó su traslado del RPM al RAIS escogiendo el fondo privado de pensiones Protección, por cuanto en la asesoría le informaron que podía pensionarse a cualquier edad, con el monto de pensión que deseara, a más que el entonces ISS iba a desaparecer. Añade que la AFP Protección no le suministró en forma oportuna, suficiente, completa y clara la información financiera para tener los elementos de juicio necesarios que le permitieran tomar una decisión objetiva sobre su traslado del RPM al RAIS. Agrega que en agosto de 2002 se trasladó de Protección a Old Mutual, no obstante, en enero de 2004 regresó a Protección S.A., diligenciando formulario en tal sentido el 23 de octubre de 2003, oportunidad esta última en la que no le asesoraron personalmente en el sentido de informarle que le convenía más regresar al RPM; tampoco le presentaron cálculo financiero alguno, ni le fue informado que contaba con un año para regresarse al RPM. Refiere que a noviembre de 2018 acredita 1.856,19 semanas de cotización, incluidos los tiempos de servicios prestados a favor del Hospital Militar Central. Concluye indicando que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, peticiones que fueron negadas por Colpensiones y Old Mutual, sin que Protección se hubiere pronunciado.

CONTESTACIÓN: La demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.,** hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló oposición a las peticiones formuladas en su contra, por considerar en síntesis que, la afiliación realizada por la demandante lo fue dentro del marco legal vigente para la época y conforme a los principios de buena fe, por manera que goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regulan el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS por la actora. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fls. 78 a 87 archivo 001 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a la prosperidad de las pretensiones, al considerar en esencia que, la afiliación efectuada con el fondo privado tiene plena validez, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues la demandante ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, y no se demostró algún vicio del consentimiento

(error, fuerza o dolo). Agrega que la afiliación se presume que fue efectuada de manera libre, voluntaria y consciente; de igual manera, sostiene que, en caso de existir algún vicio, este se saneó con el tiempo; además, la activa no podrá trasladarse cuando faltaren menos de 10 años para adquirir el status pensional. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y declaratoria de otras excepciones (fls. 111 a 119 archivo 001 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones propuestas, al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Sostiene que observando los formularios de vinculación que suscribió la actora, dicho acto se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, lo cual tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Afirma que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 272 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido

de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (fls. 3 a 32 archivo 004 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS, a partir de 1998; **condenar** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **condenar** a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada por la actora, aplicando para tal efecto el IBL más favorable y aplicando la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, autorizándose a realizar los descuentos por salud

a los que haya lugar; **condenar** en costas a Protección. (Archivo de audio 016 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Añade que la edad mínima de pensión fue cumplida por la activa en el año 2017, data para la cual contaba con más de 1.700 semanas de cotización, de suerte que tiene derecho a la prestación de vejez, no obstante, como quiera que continuó cotizando al Sistema General de Pensiones, debe liquidarse tomando hasta la última semana cotizada conforme a la fórmula prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Concluye afirmando que no resulta viable devolver a la activa los aportes reclamados desde el año 2017, dado que ya hacen parte del fondo común del RPM, a más que pueden incrementar la tasa de reemplazo.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado **de la parte demandante LUZ MARINA CUERVO MONTERO**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, solicitando que se modifique la fecha a partir de la cual tiene derecho al pago de la mesada pensional, esto es, a partir de abril de

2018 y con base en el promedio de los salarios cotizados durante toda la vida, alternativa que le es más favorable. Afirma que dicha solicitud tiene cabida en el marco de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y la sentencia SL5603 de 2016 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, pues la demandante en la fecha mencionada se acercó a la AFP Protección con el fin de reclamar el reconocimiento de su mesada pensional, la cual en últimas no aceptó por cuanto se le indicó que la misma ascendería a la suma de $2.741.000, siendo diáfano que concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia, esto es, que la afiliada ha sido conminada a continuar cotizando pese a tener la actitud renuente de la entidad de seguridad social de reconocer la prestación que ha peticionado en tiempo, por manera que la solicitud de reconocimiento pensional, que fue elevada cuando ya se cumplían los requisitos para el efecto, se constituye en un parámetro válido para establecer la fecha de disfrute.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** interpuso recurso de apelación parcial, en lo relativo a trasladar a Colpensiones los conceptos por comisiones de administración. Afirma que no es procedente la devolución de dichos conceptos, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de la AFP, que se descontaron conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión. Añade que la orden impuesta sobre tales rubros representa un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, a más, que no existe una norma que así lo regule, y dichos dineros no son constitutivos de la cuenta de ahorro individual, ni en el RAIS ni en el RPM. Indica que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas

vuelvan al estado anterior, debe entenderse que los contratos de afiliación nunca existieron, que Protección no administró los recursos de la cuenta de ahorro individual, y por tanto, no se generaron los rendimientos financieros, ni se cobraron los gastos de administración. Sostiene que conforme al artículo 1776 del Código Civil relativo a las restituciones mutuas, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos por la buena gestión de la AFP, razón por la cual esta tiene derecho a conservar esa comisión de administración. Resalta que frente al 3% del seguro previsional, este fue girado a una aseguradora para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia e invalidez, la compañía pague una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos; de manera que dicha aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el acto de afiliación suscrito. Concluye indicando que sobre el cobro del 3% opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando de manera periódica y no financian la prestación económica.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, solicitando se adicione la sentencia de instancia, en el sentido que la condena impuesta a Protección de trasladar los gastos de administración y las comisiones de seguro previsional, debe extenderse igualmente a Skandia, dado que la activa estuvo afiliada a la citada por un período de tiempo, en el que igualmente se le efectuaron descuentos por gastos de administración. Agrega que también se debe ordenar la indexación sobre los gastos de administración, porque la demandante no pertenece al RPM desde hace más de 20 años, siendo

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

evidente que por el paso del tiempo, esas sumas descontadas por los fondos de pensiones han sufrido depreciación monetaria.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Refiere que su pensión debe ser reconocida desde febrero de 2017, dado que para dicha fecha ya se encontraba estructurado su derecho pensional y no tenía la obligación de continuar efectuando aportes al Sistema General de pensiones; sumando a ello que, no formalizó su solicitud de pensión debido al monto de la mesada ofrecido por Protección, debiendo por ello, formular la correspondiente demanda que la obligó a continuar cotizando en contra de su voluntad, lo que de contera, pospuso injustamente el disfrute de su derecho. Apoya sus fundamentos en las sentencias SL5306-2016 de la Corte Suprema de Justicia.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado,

suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intensión de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la

solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 54 a 57 archivo 001 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumar las obligaciones imputadas o si esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si las AFP Protección y Skandia están llamadas a hacer la devolución de los descuentos que efectuaron sobre la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de gastos de administración, debidamente indexados.

Definida la anterior premisa, establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y a partir de qué fecha procede su disfrute.

Denotando que, ante la carencia de reparo por la AFP Protección y la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutará consideración al respecto.

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 14 archivo 001), proyección pensional emanada de Protección S.A. (fls. 15 a 19 archivo 001 y 53 a 74 archivo 004), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 20 a 22 archivo 001 y carpeta 001.1), historia laboral emanada de Protección (fls. 23 a 37 archivo 001), cálculo actuarial (fls. 38 a 41 archivo 001), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respectivas respuestas (fls. 42 a 58, 99 a 102 archivo 001 y 88 a 92 archivo 004), formulario de afiliación emanado de Skandia (fl. 55 y 94 archivo 001), certificado de afiliación Old Mutual (fl. 60 y 95 archivo 001), certificados laborales (fls. 63 a 66 archivo 001), historia laboral expedida por Skandia (fls. 96 a 98 archivo 001), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 001.2), formularios de afiliación emanados de Protección S.A. (fls. 42 a 43 y 53 a 74 archivo 004), historial de afiliaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 44 a 45 archivo 004), historia laboral para bono pensional (fls. 46 a 52 archivo 004), estado de cuenta emitido por Protección (fls. 75 a 87 archivo 004), comunicados de prensa (fls. 93 a 102 archivo 004), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 014 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que la señora LUZ MARINA CUERVO MONTERO elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 29 de diciembre de 1986 hasta el 28 de febrero de 1998, tal como se advierte de la historia laboral laboral emanada de Colpensiones (carpeta 001.1 del expediente digital),

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para luego trasladarse a la AFP Protección S.A., el 17 de febrero de 1998 (fl. 43 archivo 004 del expediente digital); posteriormente se vinculó a Old Mutual, hoy Skandia, el 10 de mayo de 2002 (fl. 55 archivo 001 del expediente digital); y por último, retornó a Protección S.A. el 23 de octubre de 2003 (fl. 91 archivo 004 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la ineficacia declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de LUZ MARINA CUERVO MONTERO; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, ante la falta de medios de convicción que permitan constatar que previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, no media duda sobre la ineficacia del traslado dispuesta por el *a quo*, cuya consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única, válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Protección S.A., argumentando que dichos dineros fueron descontados a la parte activa por disposición de la Ley 100 de 1993, para financiar la administración de los aportes y solventar las pólizas que protegieron a la demandante durante su afiliación, siendo claro que fueron debidamente trasladados a terceros de buena fe; por su parte, Colpensiones peticiona se extienda la devolución atinente a gastos de administración y seguros previsionales a Skandia Pensiones y Cesnatías S.A., por cuanto la activa hizo parte de dicha sociedad, y por ello le efectuó los descuentos por tales conceptos, los cuales en todo caso deben ser retornados por las AFP debidamente indexados.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye

una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*»

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP Protección, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas debidamente indexados dado la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo refiere Colpensiones.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que surge el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por Protección, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Motivo por el cual, se adicionará la determinación de primer grado, en lo relativo a la devolución de los gastos de administración descontados por la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y se dispondrá su retorno debidamente indexado.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

PENSIÓN DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si la activa es merecedora de la pensión de vejez que reclama, bajo los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, y a partir de qué fecha procede su disfrute.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 1º de enero de 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015. En lo que atañe a la edad, a partir del año 2014, la misma se incrementará a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la demandante nació el 8 de enero de 1960, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 18 archivo 001 del expediente digital, lo que implica que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2017; así mismo, del reporte de semanas cotizadas más actualizado que obra en los folios 54 a 74 archivo 004 del expediente digital, se establece que a la última data referida ha cotizado 1.346,6 semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumplen por parte de la demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual debe ser liquidada conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

En lo que atañe a la fecha de disfrute de la prestación, esta procede una vez se concrete el traslado y se haga por la actora el retiro del Sistema, conforme a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, dado que aun continúa realizando aportes a este, conforme informa la historia laboral militante a folios 54 a 74 archivo 004 del expediente digital, pues la activa a noviembre de 2020 se encontraba efectuando cotizaciones, no siendo atendibles sus argumentos para acceder al disfrute de la prestación desde abril de 2018, pues a tal fecha solo se observa una simulación pensional efectuado por Protección (fls. 15 a 19 archivo 001 del expediente digital) más no una petición de reconocimiento pensional elevada por la activa, amén que la continuación en los aportes al Sistema General de Pensiones no le es endilgable a Colpensiones, en tanto dicha entidad no tiene la competencia de otorgar la prestación hasta tanto no quede en firme la presente sentencia, y en todo caso, no obra respuesta de su parte en el sentido de exigir a la demandante no suspender sus cotizaciones ante el incumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho pensional, como así lo exige la jurisprudencia que cita la actora en su alzada.

En tal virtud, se modificará la sentencia en este aspecto, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia no se imponen costas, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR NUMERAL CUARTO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, a partir de la fecha en que esta reporte la novedad de retiro del Sistema General de Pensiones, la cual deberá ser liquidada en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, aplicando el IBL más favorable, autorizándose a realizar los descuentos por salud a los que haya lugar, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a **OLD MUTUAL,** hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**. a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones descontados

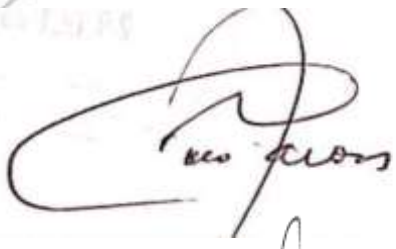
durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad, e igualmente, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver tales conceptos debidamente indexados con destino a **COLPENSIONES**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SANDRA LILIANA LUGO VILLANUEVA** CONTRA **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **SANDRA LILIANA LUGO VILLANUEVA,** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral

---

[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

contra **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, pretendiendo se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido que se ejecutó desde el 7 de septiembre de 2009, el cual terminó el 14 de febrero de 2018, por decisión unilateral del empleador y sin justa causa. Como consecuencia, condenar a la parte pasiva a reintegrarla a su puesto de trabajo o a uno similar desde el 14 de febrero de 2018 sin solución de continuidad, junto con el pago de todos los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y reconocimientos económicos que dejó de percibir, teniendo en cuenta para el efecto un salario de $1.215.800, perjuicios morales y materiales generados, sanción por falta de consignación oportuna de cesantías, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, reclama la indemnización por despido sin justa causa junto con la indemnización moratoria (fls. 5 a 7 archivo 02 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 7 a 11 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que el 7 de septiembre de 2009, se vinculó al servicio de la demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de Auxiliar, cuya modalidad contractual fue modificada a término indefinido mediante otro sí. Refiere que desde el inicio del nexo laboral se afilió al sindicato en calidad de Presidente de la Subdirectiva de la Unión de Trabajadores y Trabajadoras de Grandes Superficies del Comercio de Colombia. Indica que el 7 de noviembre de 2017 fue citada a diligencia de descargos para responder por los hechos ocurridos el 23 de octubre de símil año, cuando presuntamente agredió a su superior Jader Enersson Moreno Vidal, misma que se llevó a cabo el 14 de noviembre de 2017 con la presencia de dos miembros del sindicato; sumando a ello que el 14 de febrero de 2018, la demandada dio por terminado su contrato de trabajo aduciendo como justa causa la agresión de un superior, decisión que fue respaldada en el informe dado por el señor Moreno Vidal y por la filmación de seguridad existente en el área en donde supuestamente tuvieron lugar

los hechos. Señala que teniendo en cuenta su calidad de aforada, en el mes de enero de 2018, la demandada promovió demanda especial de fuero sindical - permiso para despedir en su contra, el cual correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué bajo el radicado 2018 00011, dentro del cual se escuchó la declaración del señor Moreno Vidal, así como la suya, e igualmente, se aportó un video sin audio en el que supuestamente se observa su acto de violencia, mismo que ha sido tergiversado por la empresa para responsabilizarla de una conducta inapropiada.

Manifiesta que pese a la falta de contundencia de las pruebas allegadas al proceso, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué autorizó el levantamiento del fuero sindical y consecuencialmente, otorgó el permiso para despedirla, determinación que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Que el 24 de octubre de 2017 había presentado queja ante Comité de Convivencia de la accionada, por presunta conducta de acoso laboral en su contra por parte de su jefe inmediato, no obstante, no se tomó ninguna medida al respecto. Que igualmente, informó al dador del laborío su condición de estabilidad laboral reforzada por salud, sin que se protegiera por este tal condición, a más que estas circunstancias, no fueron tenidas en cuenta dentro del proceso especial de fuero sindical. Añade que el proceso disciplinario surtido en su contra desconoció las previsiones convencionales, puesto que su citación debió se realizada a más tardar hasta el 31 de octubre de 2017, empero, ello tuvo lugar el 14 de noviembre de símil año. Añade que el video de seguridad utilizado como prueba para la toma de la decisión del finiquito laboral no contó para su recaudo con el protocolo de la empresa. Que a la fecha continúa con el proceso de valoración por parte de psicología y psiquiatría.

CONTESTACIÓN: La demandada **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las

pretensiones, aduciendo para el efecto que el contrato de trabajo no se finalizó por causas imputables al empleador, por el contario, tal decisión se sustentó en un procedimiento disciplinario reglado que existe al interior de la empresa, con base en lo consignado en la Convención Colectiva suscrita entre la UNIÓN DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE GRANDES SUPERFICIES DEL COMERCIO EN COLOMBIA. Que se adelantó un proceso especial para levantar el fuero sindical del cual era depositaria la demandante. Que tanto el Juez Tercero Laboral del Circuito de Ibagué como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad accedieron a las pretensiones de la demanda, levantando el fuero sindical que tenía la demandante y consecuentemente, se autorizó a la empresa a ponerle fin al contrato de trabajo que unió a las partes. Agrega que la activa no es una trabajadora discapacitada, minusválida o en estado de debilidad manifiesta de algún tipo; de la misma manera para el momento de su desvinculación no tenía vigente ningún tipo de restricción o recomendación médica que la limitara en el desarrollo de sus labores. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados de la discapacidad o el estado de debilidad manifiesta, sobre la carga de la prueba en la afectación al mínimo vital, de la obligación de notificar al empleador de su estado de salud, debido proceso, terminación del contrato de trabajo con justa causa, no haber necesidad de solicitar permiso de despido al Ministerio del Trabajo, no existir acoso laboral por parte de CENCOSUD COLOMBIA S.A. y la innominada (folios 3 a 31 archivo 18 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 12 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** probada de oficio la excepción de cosa juzgada sobre las pretensiones relacionadas con el despido sin justa

causa; **absolver** a la demandada de las pretensiones deprecadas en su contra y **condenar** en costas a la demandante. (Archivo 26 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, en el proceso especial de fuero sindical adelantado por el dador del laborío contra la aquí demandante ya fue estudiado lo que concierne al debido proceso que se debió adelantar por la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo y la justa causa invocada para el efecto, partiendo del presupuesto que la activa gozaba de la garantía de fuero sindical, concluyendo la autoridad judicial de tal trámite que era procedente levantar la protección en referencia y autorizar el permiso para despedir, al encontrar configurada esa justa causa, determinación que constituye cosa juzgada y que por ende, no merece un nuevo análisis en la presente *litis,* siendo lo procedente declarar tal excepción de manera oficiosa. Agrega sobre la estabilidad laboral reforzada invocada por la activa con sustento en sus condiciones de salud, que no se puede concluir el padecimiento de una discapacidad en los términos anotados por la ley, la simple comprobación de un seguimiento médico o un padecimiento de salud, a más que el dictamen de PCL emitido por la ARL Colpatria estableció un porcentaje de pérdida equivalente al 0%, siendo claro que la actora no es sujeto de especial protección constitucional en los términos de la Ley 361 de 1997. Concluye afirmando que en todo caso, la terminación del nexo laboral no se sustentó en las condiciones de salud de la demandante, sino en el levantamiento de la garantía de fueron sindical, por existir justa causa de despido.

RECURSO DE APELACIÓN:

La DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, la excepción de cosa juzgada debió ser propuesta por la parte pasiva, por lo que no era procedente que la juzgadora de primera instancia la declarara probada, al haber pasado la oportunidad procesal para el efecto. Agrega

que el trámite puesto a consideración en esta oportunidad corresponde a un proceso ordinario laboral cuya demanda contiene hechos nuevos que no fueron analizados en el trámite especial de fuero sindical, a más que se traen nuevos testigos, siendo claro que se presentan circunstancias novedosas que no fueron valoradas por el *a quo* y que permiten concluir que su despido lo fue sin justa causa. Sobre el fuero de salud, advierte que conforme lo ha definido la Corte Constitucional, no se requiere una calificación de pérdida de capacidad laboral, para efectos de establecer que la trabajadora es merecedora de esa protección especial, la cual sí ostenta la aquí demandante, que se corrobora con el testigo allegado por la demandada, quien afirmó que esta contaba con una trazabilidad médica que era de conocimiento de la llamada a juicio, a más que sus propios testigos, fueron claros en afirmar que presentaba una condición médica que incluso le implicó un traslado de puesto de trabajo. Indica que si bien se allegó dictamen de calificación emitido por la ARL en un 0%, lo cierto es que el mismo solo versó sobre el accidente de trabajo del que fue víctima, empero también contaba con otros padecimientos que dieron lugar a una calificación del 14%, que aunque fue revocado, ello se debió a que no medió una calificación integral. Concluyendo que tanto la empresa como todo el Sistema de Seguridad Social Integral se ha negado a reconocerle su condición de persona en situación de discapacidad.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que la falladora de primera instancia determinó oficiosamente excepción de cosa juzgada por cuanto consideró que se daban los elementos para tal circunstancia establecida en el artículo 303 del CGP, sin estudiar de fondo la demanda;

sin embargo, si bien concurren las mismas partes en el proceso especial de levantamiento de fuero sindical y el presente, estos tienen características, términos distintos y se buscan objetivos diferentes, a más que no son las mismas circunstancias y pretensiones, pues existen situaciones fácticas no debatidas en el proceso especial, tal como la omisión de la aplicación el procedimiento disciplinario, de acuerdo con lo indicado en la Convención Colectiva, al igual que la petición de reconocimiento y pago de perjuicios morales. Añade que conforme a la prueba testimonial recaudada tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional de acuerdo a su situación de salud, que da paso a la ineficacia de su despido.

Parte demandada: Este extremo procesal refiere que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que la activa no demostró su estado de indefensión, a más que quedó demostrado que su contrato de trabajo finalizó con justa causa y ninguno de los testigos pudo acreditar las supuestas conductas de acoso laboral.

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 JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante, 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 el despido de la trabajadora lo fue sin justa causa o, si por el contrario,

debe confirmarse la declaratoria impartida por el *A- quo* referente a la excepción de cosa juzgada.

Despejada la anterior premisa, habrá de determinar la Sala si procede el reintegro de SANDRA LILIANA LUGO VILANUEVA con ocasión a la desvinculación cuando posiblemente gozaba de estabilidad laboral reforzada; atendiendo las resultas, examinar la certeza o no en la condena por indemnización por despido sin justa causa.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio* y corroborado del material probatorio obrante al plenario, de lo cual se advierte que LUGO VILLANUEVA laboró al servicio de la demandada desde el 7 de septiembre de 2009 al 14 de febrero de 2018, en la modalidad de contrato a término indefinido desempeñando el cargo de Auxiliar Cajas y con una última retribución en promedio de $1.215.800 (folios 28 a 31 archivo 05 y fl. 205 archivo 07 del expediente digital), nexo que feneció por decisión unilateral de la pasiva, que si bien fue informada en carta del 17 de noviembre de 2017, solo se hizo efectiva el 14 de febrero de 2018 conforme a decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué datada 13 de febrero de símil año, mediante la cual levantó el fuero sindical de la activa y autorizó la finalización del vínculo contractual (folios 44 a 52 archivo 05 del expediente digital).

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – COSA JUZGADA

En relación al reparo de la parte activa, debe referir la Sala que conforme se indicó en la contestación de la demanda y se refirió en el fallo proferido por la sentenciadora de primer grado, CENCOSUD COLOMBIA S.A., previo a dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con el extremo activo, gestó demanda especial de fuero sindical - permiso para despedir, mediante la cual suplicó (fl. 88 archivo 05 del expediente digital):

> *«(…) se ordene el levantamiento del fuero sindical así como la autorización para despedir con justa causa a la señora SANDRA LILIANA LUGO VILANUEVA, por haber incurrido en fallas graves meritorias de la terminación del contrato de trabajo consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo numerales 2, 3, 5, 6 literal a) del artículo 7 del Código Sustantivo del Decreto 2351 de 1965, artículo 68 y 58 del C.S.T. y normas del reglamento interno del trabajo, y del Código de ética de CENCOSUD, tales como incurrir en agresiones físicas en contra de un compañero de trabajo».*

Dicha demanda fue de conocimiento del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, bajo el radicado 2018 011, dentro del cual la autoridad judicial profirió sentencia el 5 de febrero 2018, en el sentido de levantar el fuero sindical que ostentaba la señora LUGO VILLANUEVA y *«AUTORIZAR a la empresa CENCOSUD COLOMBIA S.A., para despedir a la señora SANDRA LILIANA LUGO VILLANUEVA, del cargo de Auxiliar de Caja, por existir una justa causa (…)»*[2].

Lo anterior, por considerar el sentenciador de primera instancia que la demandante incurrió en la falta grave que se le imputa, sumando a ello que si bien no compete al trámite de la acción especial de fuero sindical ocuparse de las situaciones que se presentaron en trámite del proceso disciplinario, lo cierto es que al realizarse el análisis del mismo se pudo constatar que no hubo violación al debido proceso, al observarse por la demandada los términos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo (fls. 88 a 96 archivo 05 del expediente digital).

---

[2] Folios 88 a 96 archivo 05 del expediente digital.

Determinación que fue objeto de confirmación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en proveído del 13 de febrero de 2018 (fls. 99 a 135 Archivos 05 y 06 del expediente digital), al considerar que en efecto se encuentra probada la justa causa aducida por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, adicionando a ello que, no es del resorte de la actuación especial verificar si el proceso disciplinario se adelantó conforme a lo previsto en la Convención Colectiva de Trabajo, ni menos aun si la demandada goza de estabilidad laboral reforzada por sus condiciones de salud.

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de las partes la norma que instituyó la figura procesal de la cosa juzgada, que no es otra diferente al art. 332 del Código General del Proceso que señaló:

> *«ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*
> *(…)»*

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto "*eadem res*", se funde en la misma causa que el anterior "*eadem causa petendi*" y, que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes "*eadem conditio personarum*".

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutiva de la respectiva sentencia. Y es que, en términos de la

Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL972-2021, Magistrado Ponente Jorge Luis Quiroz Alemán:

> *«(…) para determinar si existe identidad de objeto, el juez debe estudiar si con su resolución contradice una decisión anterior, estimando un derecho ya negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente. El respectivo análisis no sólo debe precisar si existe identidad entre los planteamientos y pretensiones ventiladas en los procesos , también debe comprender que cuestiones {que} ya fueron objeto de resolución y se encuentran excluidas de pronunciamiento para no generar el desconocimiento del bien jurídico reconocido de manera precedente».* (Resalta la Sala).

En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación[3].

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con el que fuere resuelto por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué límite subjetivo que coincide en ambos juicios; respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* se configura en el presente caso, específicamente respecto a la definición de la existencia de una justa causa de despido para dar por terminado el contrato de trabajo que existió entre las partes.

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A- quo* resultó acertada, en tanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, por la manifestación previa de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en atención a otro pleito judicial, especialmente, en lo que atañe a la existencia de una justa causa para despedir a la trabajadora aquí

[3] H. Corte Constitucional T-185 de 2013

demandante, lo cual además, motivó el levantamiento del fuero sindical para efectos de otorgar el permiso para su despido.

Lo antepuesto deriva, de la evidente constatación entre los hechos reclamados y las determinaciones judiciales emanadas dentro del curso de la acción especial laboral en comento, donde se estableció por parte del Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Ibagué e igualmente por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que la actora en efecto había incurrido en la falta grave disciplinaria que le fue endilgada en la carta de despido, al punto que en la parte resolutiva de la sentencia del 5 de febrero de 2018, así se declaró expresamente por el *a quo*.

Sin que sean de recibo los planteamientos esbozados por la parte activa en su alzada, en lo que concierne a la existencia de hechos nuevos, puesto que no solo no los refiere en su recurso de apelación, sino que tampoco advierte la Sala de la adecuada revisión del escrito de demanda, qué presupuestos fácticos surgieron con posterioridad al despido, que puedan dar lugar a revisar nuevamente su justeza, siendo importante acotar que en lo que se refiere al proceso disciplinario surtido en su contra y el respeto por el derecho al debido proceso, ello hizo parte de los pronunciamientos que desataron la acción especial del fuero sindical, por lo que este aspecto no puede ser considerado un hecho nuevo.

Tampoco puede tener esa connotación el recaudo indebido del video que sustentó la decisión de la encartada, como así se refiere en la actual demanda, como quiera que dicho medio de convicción hizo también hizo parte del proceso de fuero sindical al no ser tachado por la señora Lugo Villanueva, como dan cuenta las decisiones de primera y segunda instancia visibles a folios 88 a archivo 05 y 06 del expediente digital.

En igual sentido, la queja de acoso laboral que se refiere en el *libelo demandatorio*, y que fuera formulada por la activa con anterioridad a la terminación de su vínculo laboral, no puede ser considerada como hecho nuevo, si así es como lo pretende la señora Lugo Villanueva, en la medida que esa situación también fue analizada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué en la causa 2018 011, al indicar sobre la misma que si bien se aportaron copias de las denuncias ante la Fiscalía, las medidas de protección, copia auto admisorio de la demanda ordinaria y activación del Comité de Convivencia, tales actuaciones no han sido culminadas y por ende no se puede concluir la demostración de conductas de acoso laboral, circunstancia esta que no se ha modificado, excepto lo que concierne a la denuncia ante la Fiscalía, la cual culminó con su archivo (fl. 243 archivo 07 del expediente digital).

Por manera que no puede la Sala volver sobre la existencia de la justa causa de despido, en la medida que le está vedado desconocer la decisión ya proferida por la jurisdicción por vía de la acción especial de fuero sindical, pese a que la demanda promovida en esa oportunidad por la empresa aquí demandada, no sea exactamente igual a la formulada en el presente asunto, en tanto que, se *itera,* en aquel trámite ya se definió claramente sobre el finiquito de la trabajadora.

Al punto, innegable resulta traer al debate la determinación de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL 12686 de 7 de septiembre de 2016, al enseñar sobre el particular:

> *« (…)*
>
> *Vale la pena advertir, por otra parte, que* ***no por el hecho de que en la actual demanda se hubieran incluido diferencias sutiles respecto de la anterior****, en torno a los hechos relacionados con la afiliación de la trabajadora al sistema general de pensiones, se dejaban de constituir los elementos esenciales de la cosa juzgada, pues, como lo ha adoctrinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción,* ***no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con***

sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, *de manera que* ***si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable*** *(Ver CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819 y CSJ SL17406-2014).*

(…)»

Por ello, cumple destacar que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicación 31607 del 28 de abril de 2009 con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez advirtió la inmutabilidad de las providencias, como garantía del principio de la seguridad jurídica que identifica el Estado Social de Derecho, proveído que señaló:

«… no es que al actor se le esté desconociendo un derecho por un impedimento procesal, sino que éste (su derecho) ya fue definido en un proceso anterior, donde se le otorgaron todas las garantías, y donde se dio amplio debate a sus pretensiones y donde se hizo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, lo que no es posible es que ese debate se presente indefinidamente, cada vez que el actor considere que tiene una oportunidad de salir avante y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Es del caso reiterar aquí lo dicho en torno al tema, en reciente fallo del 3 de marzo del corriente año (radicación 35829), frente a similar planteamiento:

"Ello, por la potísima razón de que el acceso a la administración de justicia impone a los jueces competentes en las diversas causas el deber de resolverlas conforme al ordenamiento jurídico que las regula, con observación de las formas propias de cada juicio y, de ser necesario, auxiliándose de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial que son. Pero a la vez, el ejercicio de tal derecho impone a los particulares, entre otras, la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo que implica para quienes acuden a ella el acatamiento de lo allí resuelto, de modo que, por tal razón, la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predican de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias» (Resalta fuera de texto)

De lo expuesto se sigue, que atendiendo los parámetros enseñados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en las sentencias en cita, en manera alguna resulta viable entrar a dilucidar nuevamente si el despido de la trabajadora lo fue con justa causa, porque ello ya fue definido en proceso anterior en sentido desfavorable, lo cual comporta el impedimento de replantear el asunto en el *sub judice*, como así se pretende en la demanda, conclusión que no sufre ninguna afectación por el hecho que en la anterior *litis* la señora Sandra Liliana Lugo Villanueva ocupara el lugar del extremo pasivo, y en este asunto, ocupe el lugar del extremo activo, como quiera que en todo caso, en ambos trámites concurren los elementos de la cosa juzgada, que se repite, corresponden a igualdad de partes, causa y objeto.

Bajo tal entendido, resulta acertada la decisión del *a quo* al declarar probada la mentada excepción sobre la justeza del despido de la demandante, la cual contrario a lo afirmado por la recurrente, sí podía ser reconocida de manera oficiosa por el Juzgado de Conocimiento, conforme al artículo 282 del CGP, al establecer que *«En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda».*

De suerte que para ello, no era necesario que la parte pasiva en el presente proceso formulara el medio exceptivo en referencia, siendo lo procedente confirmar la decisión de primera instancia sobre este aspecto.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – INEFICACIA DEL DESPIDO

En lo que atañe a la protección de los trabajadores en estado de incapacidad o debilidad manifiesta, preciso resulta indicar que el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 fue modulado por la H. Corte Constitucional en sendas sentencias, conduciendo a una interpretación

humanizada de los preceptos en ella contenidos y que dimanaron en la expedición de la Ley 361 de 1997. Regulación que en su artículo 26, dispuso que la persona limitada físicamente no puede ser despedida por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

Al punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional en sentencia T – 521 de 2008, reiteró que el concepto de estabilidad laboral reforzada conduce a la guarda del trabajador discapacitado y la necesidad de elevar solicitud ante el Ministerio del Trabajo, para que medie autorización para la desvinculación. Indicación que conjuga los mandatos constitucionales vistos en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Nacional, y de los cuales se puede concluir la prohibición asignada a los empleadores de fenecer el vínculo laboral cuando se está en presencia de trabajadores enfermos o incapacitados.

De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectué pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. De manera que, la indemnización prevista constituye una sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de discapacidad y, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

Garantía constitucional que se predica para aquellos que se encuentran en uso de incapacidad médica u ostentan alguna condición física, como fue enseñado en sentencia T – 1040 de 2001, al señalar *«**no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales.** Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, **por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o***

económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta»
(Resalta fuera de texto)

En igual sentido, justo es recordar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL- 411 de 2017, estableció que la estabilidad laboral reforzada se podía pregonar, incluso, respecto de aquellos trabajadores que no contaran con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, por no ser esa una prueba solemne, siempre y cuando la empresa tuviera pleno conocimiento de su discapacidad. Y en reciente pronunciamiento, esa Alta Corporación dejó por sentado que la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba, siempre y cuando, el trabajador acredite que se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato, y el empleador no logre acreditar que el despido acaeció por una justa causa. Fue así como en sentencia SL – 1360 de 2018, precisó:

> *(a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias,* ***lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.***
>
> *(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral,* ***el trabajador demuestra su situación de discapacidad,*** *el despido se presume discriminatorio,* ***lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas****, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
> *(…)»*

Lográndose concluir, que bajo los actuales postulados de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, es menester para la persona que reclama el resguardo por una condición de salud apremiante, acreditar primeramente una situación evidente de disminución en su salud que le permita titularse en trabajador con discapacidad.

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, desciende esta Sala a zanjar los reparos presentados por la accionante que, en síntesis, reseñan la situación de salud que impedía su retiro del servicio.

Aclarado lo anterior, evidencia esta Sala de Decisión que obran las siguientes probanzas:

1. Historia Clínica de la demandante (folios 147 a 160 archivo 06 y 206 a 240 archivo 07 del expediente digital), y detalle de calificaciones allegado por la propia demandada (archivo 25 del expediente digital) que dan cuenta que la demandante presenta los diagnósticos de otras sinovitis y tensosinovitis, epicondolitis media derecha, cervicalgia, mialgia fribromialgia, síndrome del túnel carpiano bilateral y tendinitis calificante del hombro.
2. Obran igualmente las declaraciones de Erikson Andrés Salgado Torres, Linda Johana Urete, Robinson Saavedra Méndez, Lili Johana Conde Zuluaga y Alexander Rivera Galezo [4], quienes al unísono indicaron que debido a los padecimientos de salud de la demandante, esta fue reubicada en la Caja de donas para que fuera atendida por ella.
3. Igualmente se observan recomendaciones laborales de fecha 19 de septiembre de 2017, en las cuales no se establece su vigencia, y en las que se indica *"PACIENTE CON ANTECEDENTES DE ACCIDENTES LABORALES EN MANO DERECHA Y HOMBRO IZQUIERDO AL EXAMEN FISICO DOLOR A LA PALACION (sic) EN ESCAFOIDES MANO DERECHA DISMINUCIÓN DE LA FUERZA 4/5 . DOLOR A ABDUCCIÓN DE HOMBRO IZQUIERDO . SE RECOMIENDA CARGO DONDE LA TRABAJADORA NO REALICE ESFUERZO FÍSICO RESTRICCIÓN PARA REALIZAR CARGAS MANUALES EN CADA MANO MAYOR DE 3 KILOS , RESTRICCION PARA REALIZAR MOVIMIENTOS REPETITIVOS MAS DEL 50% DE LA JORNADA LABORAL, DEBE REALIZAR PAUSAS ACTIVAS CADA 2 HORAS CON*

[4] Archivo 23 del expediente digital.

EJERCICIOS DE MANOS, RESTRICCION PARA REALIZAR ABDUCCION DE HOMBRO IZQUERDO (sic) DE 90 GRADOS NO ALZAR EL BRAZO IZQUIERDO. DEBE CONTINUAR CONTROL CON CIRUGIA (sic) DE MANO DE SU EPS Y VALORACION DE MEDICO LABORAL DE SU EPS. PENDIENTE CALIFICACION (sic) DE ESGUINCE HOMBRO IZQUEIRDO (sic). SE RECOMIENDA UTILIZAR FERULA (sic) EN MUÑEQUERA MANO DERECHA EN JORNADA NO LABORAL , TERAPIA FISICA PARA FORTALECICMIENTO (sic) MUSCULAR, SE RECOMIENDA INSPECCION DEL PUESTO DE TRABAJO."

4. Finalmente, obra calificación de pérdida de capacidad laboral expedida por la ARL Colpatria en donde se califica con 0% de PCL por los diagnósticos de origen laboral contractura articular, esguinces torcedura de otras partes y de las no especificadas de la muñeca y de la mano y contusión de otras partes de la muñeca y de la mano (fls. 164 a 171 archivo 06 del expediente digital).

Probanzas estas que no han sido tachadas de falsas, ni reargüidas por las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S., y de las cuales se puede inferir que si bien la activa fue calificada con el 0% de PCL frente a sus padecimientos de origen laboral, lo cierto es que a la fecha del finiquito, también contaba con otros diagnósticos de origen común, respecto de los cuales no obra ninguna calificación en el expediente, a más que contaba con recomendaciones laborales y se encontraba reubicada en un puesto que le implicaba menores esfuerzos, como así da cuenta la prueba testimonial.

De suerte que, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, la convocante sí demuestra una condición de salud merecedora de la protección de la estabilidad laboral reforzada que depreca, pues no es otra la conclusión a la que puede llegar a este Tribunal, al constatar que de las declaraciones recaudadas en el proceso, se tiene que fue cambiada de su puesto de trabajo original, lo que de contera, implica que presentaba

un diagnóstico que era incompatible con sus laborales iniciales, sin que además fuere necesario que la activa allegara la respectiva calificación de pérdida de capacidad laboral de sus enfermedades de origen común, porque como se destaca en la alzada y se desprende de la jurisprudencia en cita, ello no se requiere ante una circunstancia comprobada de debilidad manifiesta.

Empero, no puede la Sala desconocer que conforme a la decisión proferida por la autoridad judicial dentro del fuero especial de fuero sindical en contra de la aquí demandante, se determinó que en su caso concurría una justa causa de despido, lo cual desvirtúa plenamente la presunción que a su favor se genera por virtud del fuero de salud, dado que el empleador ha demostrado que el despido de la convocante obedeció a una justa causa legítima, lo que de contera hace impróspera la pretensión de declarar ineficaz el finiquito, al igual que la pretensión subsidiaria de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, conforme a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la ya citada sentencia SL– 1360 de 2018.

Dimanando, en la confirmación del fallo de primera instancia.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte activa, 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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 12 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **SANDRA LILIANA LUGO VILLANUEVA** contra **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte activa, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de $150.000.

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-

30202000328 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIA CLEMENCIA PEREZ URIBE** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** Y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Paula Huertas Borda**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.020.833.703 de Bogotá y tarjeta profesional 369.744 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARIA CLEMENCIA PEREZ URIBE** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado al RAIS realizado el 1° de octubre de 1997 a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al igual que su posterior traslado a la AFP Porvenir S.A., por lo que siempre permaneció en el RPM y se encuentra afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y sus rendimientos, junto con toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes que constituyen su historia laboral; se condene a Colpensiones a activar su afiliación, recibir y registrar en las bases de datos la información correspondiente a sus aportes; se condene a la AFP Porvenir devolver a Colpensiones las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados; se condene a las demandadas a lo que resulta probado *ultra y extra petita*,

costas y agencias en derecho (fls. 2 a 4 archivo demanda del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 2 archivo demanda del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 1º de febrero de 1964; además, que se afilió el 5 de agosto de 1988 al ISS. Que el 1º de octubre de 1997 suscribió formulario de traslado de régimen previamente impreso por Colfondos S.A., sin recibir la información necesaria y las explicaciones sobre las diferencias entre los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993. Refiere que Colfondos S.A. no suministró la asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, para decidir libremente y sin vicio alguno en su consentimiento por la opción de traslado de régimen. Que tampoco se le suministró proyección del monto o valor de la mesada pensional que recibiría en el RAIS, ni le fueron informados los requisitos exigidos y las diferentes modalidades de éste. Sostiene que sólo recibió información sobre las ventajas de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones. Por último, refiere que solicitó a la AFP Porvenir, su actual administradora de pensiones, una proyección del valor de su mesada pensional en el RAIS, la cual arrojó una suma inferior a la que sería la pensión en el RPM.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS e igualmente allí cambió de AFP, lo cual evidencia la ratificación tácita de que trata el artículo 1754 del

Código Civil y el perfeccionamiento del acto ineficaz, artículo 898 del Código de Comercio, pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen. Agrega que el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.1.4. expresa que es un deber legal como afiliado al Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional. Finaliza afirmando que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica (Carpeta 13.1 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas propuestas, al considerar en esencia que, la afiliación de la activa se presentó en virtud del derecho a la libertad de escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Agrega que los asesores sí brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta

de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica (fls. 1 a 17 archivo 11 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas, por considerar en síntesis que, la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. A más que, le competía acreditar los supuestos en los que se funda la pretensión de existencia de un vicio del consentimiento, y no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Agrega que debe tenerse en cuenta que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cualquiera de los regímenes pensionales, que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional, como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2002. Finaliza afirmando que la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP, ya que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones

adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 1 a 23 archivo 15 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del ISS a Colfondos S.A., que cobró efectividad a partir del 1º de noviembre del año 1997; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho fondo desde el 1º de junio de 2008 y hasta cuando se haga efectivo el traslado; los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y devueltos debidamente indexados; **condenar** a Colfondos a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció la demandante en dicha administradora, desde el 1º de noviembre de 1997 hasta el 31 de mayo de 2008, que deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados; **ordenar** a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta

de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. (Archivo de audio 19 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que el fallo va en contravía a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y los artículos 2911, 1509 y 1754 del Código Civil. Afirma que el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante y se ratificó con su permanencia por más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual, sin buscar información sobre su futuro pensional. Agrega que es importante analizar la situación particular de la demandante, quien es profesional en derecho y por ello, debería tener unos conocimientos

mínimos sobre las normas que regulan el RPM a más que tiene obligaciones como consumidora financiera. Indica que de su interrogatorio de parte es claro que el motivo de su traslado lo fue la liquidación del ISS, lo cual no tuvo lugar porque tal entidad cambió de nombre, para convertirse en Colpensiones.

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** presentó recurso de apelación parcial frente a la condena relativa a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, por considerar que, dada la buena gestión realizada por dicha AFP se obtuvieron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la parte demandante, a más que se utilizaron para cubrir las pólizas de seguros previsionales y un porcentaje al fondo de solidaridad, el cual debió ser vinculado al proceso. Agrega que la devolución de los mentados conceptos representa una reparación de daños y perjuicios a los aportes de la demandante que no fueron discutidos ni demostrados mediante prueba si quiera sumaria, por el contrario, la buena gestión por parte de Colfondos generó réditos, acotando que la entrega de las cotizaciones y los rendimientos involucran la devolución del 100% de la base de cotización, a más que los frutos son mucho mayores a tales gastos.

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada, al considerar que a la fecha de la vinculación de la actora hacia el año 1997, la norma vigente no especificaba la información que se debía brindar, ni la forma en que se debía documentar. Afirma que se atendieron los requisitos legales en vigor, en particular, el

diligenciamiento del formulario de afiliación que se encontraba debidamente aprobado por la Superintendencia Financiera. Agrega que ninguna de las AFP demandadas podían rechazar afiliaciones, en los términos del artículo 102 de la Ley 100 de 1993, so pena de incurrir en las conductas previstas por el artículo 271 *ejusdem*. Señala que para ese momento no se había impuesto el deber de buen consejo o el deber de doble asesoría, razón por la cual las AFP no podían desincentivar la vinculación de la activa, al ello no encontrarse dentro de su ámbito de competencia. Señala que la accionante se trasladó entre fondos privados, evidenciando con ello una vocación de permanencia y un conocimiento de las ventajas y desventajas, los riesgos y beneficios del RAIS, siendo su única inconformidad el valor de la mesada pensional, circunstancia que no se refiere a una falta de información, como así lo definió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 31989. Finalmente solicita se revoque la condena relativa al traslado de las comisiones de administración, dado que tales rubros tienen una destinación legal específica, conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además, que ello favorecería a Colpensiones en doble sentido, pues se le entregarían sumas que corresponden a una gestión que la citada nunca realizó.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que conforme a las probanzas obrantes en las diligencias, es claro que no recibió por parte

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de COLFONDOS información clara, completa suficiente y necesaria al momento del traslado, que le permitiera tomar una decisión con el conocimiento informado de las características, condiciones, beneficios y riesgos que conlleva el cambio del régimen pensional, por manera que su caso se ajusta al precedente jurisprudencial emanado de la Corte Suprema de Justicia para efectos de declarar la ineficacia de tal acto jurídico.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, a más que su afiliación a la AFP Privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que

esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 14 a 15 archivo anexos_30_9_2020, 6_04_33 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub*

lite, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARIA CLEMENCIA PEREZ URIBE al régimen de ahorro individual administrado por la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 2 archivo

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anexos_30_9_2020, 6_04_33), certificado de afiliación expedido por Colpensiones (fl. 3 archivo anexos_30_9_2020, 6_04_33) proyección pensional emanada de Porvenir S.A. (fls. 4 a 7 archivo anexos_30_9_2020, 6_04_33), simulación pensional RPM (fls. 8 a 9 archivo anexos_30_9_2020, 6_04_33), extracto pensional emanado de Porvenir S.A. (fls. 10 a 13 archivo anexos_30_9_2020, 6_04_33), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 14 a 18 archivo anexos_30_9_2020, 6_04_33), historial de vinculaciones (fls. 19 archivo 11 y 55 a 57 archivo 15), comunicados de prensa (fls. 20 a 22 archivo 11 y 58 a 67 archivo 15), historia laboral consolidada emanada de Porvenir S.A. (fls. 24 a 48 archivo 15), certificado de afiliación allegado por la AFP Porvenir (fl. 49 archivo 15), formulario de vinculación o traslado allegado por la AFP Porvenir S.A. (fl. 50 archivo 15), historia laboral para bono pensional (fls. 53 a 54 archivo 15), expediente administrativo allegado por Colpensiones, e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y los representantes legales de las sociedades Porvenir y Colfondos (Archivo de audio 19 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio*

claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual*

con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que ***la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus

interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de

la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

> «*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*
>
> *1.* ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su

afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de

sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia,

pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su

afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso

la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente

a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media desde el 5 de octubre de 1988 hasta el 30 de octubre de 1997, tal como se advierte de la historia laboral proferida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 1º de noviembre de 1997 (fl. 57 archivo 15 del expediente digital); y posteriormente a Porvenir, el 21 de abril de 2008 (fl. 29 archivo 15 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones como da cuenta la certificación expedida por la sociedad (fl. 49 archivo 15 del expediente digital); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación, el cual no fue allegado en el caso de autos.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que *«(…) yo trabajaba en la Fiduciaria del Banco del Estado, en ese momento para esa época del área de recursos humanos y del área como de la vicepresidencia financiera de la entidad se nos promovió digamos el traslado a fondos privados. Fui visitada por un agente comercial, un gestor comercial, que me hizo una explicación general del fondo, me entregó el formulario y yo firmé el formulario (…) fue una sesión muy breve la verdad, fue una información muy general del fondo, yo no recuerdo con exactitud, pero fue algo muy general y muy corto.(…)»* (Carpeta 19 del expediente digital). Agrega que la motivó trasladarse lo informado en relación por el ISS, esto es, que se encontraba en quiebra y por ende era mejor pertenecer a la administradora de fondos de pensiones. Aduce que pese a ser abogada, se ha dedicado a otras áreas del derecho y desconoce el tema de los fondos privados de pensiones.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colfondos S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la

prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por la demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, la Corporación moduló que:

> *«(…) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.*
>
> *El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).*
>
> *Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».* (Subraya fuera de texto).

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas, argumentando que dichos dineros no hacen parte de la pensión, se descuentan por mandato legal y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y del fondo de solidaridad.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de*

vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(…)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a las AFP apelantes, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, debidamente indexados como así los dispuso el *a quo*, dado la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Colfondos y la AFP Porvenir, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

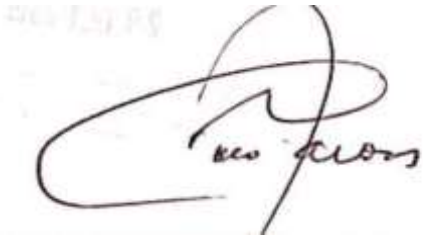
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 19 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARIA CLEMENCIA PEREZ URIBE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** Y **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 se imponen costas a cargo de la

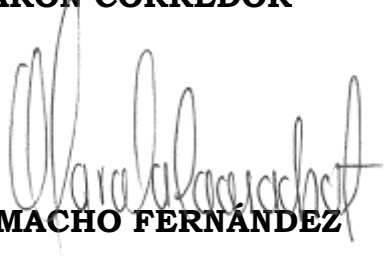
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la AFP Porvenir, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 AFP Colfondos, AFP Porvenir y Colpensiones en la suma de $600.000, para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NÉSTOR RAÚL ZAMBRANO CAMACHO** CONTRA **SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **NÉSTOR RAÚL ZAMBRANO CAMACHO,** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra **SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, pretendiendo se declare la existencia de un contrato laboral que se ejecutó desde el 1º de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, ostentando la calidad de trabajador oficial, junto con el pago de las diferencias salariales debidamente generadas con relación al cargo de Auxiliar de Servicios Generales, dominicales y festivos, cesantías, intereses a las mismas, primas de antigüedad, de vacaciones, de navidad y de servicios legal, compensación en dinero de vacaciones, afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral con el salario reajustado, devolución de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización extralegal por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indemnización por falta de consignación de cesantías, sanción por falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización prevista en el parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, incremento salarial convencional, bonificación por firma de la convención, beneficio por servicios prestados, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 11 a 14).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 7 a 11 y 83 a 86 de las diligencias, que en síntesis advierten que laboró de manera constante e ininterrumpida para la entidad demandada Hospital Meissen ESE hoy Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 1º de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, a través de contratos de arrendamiento o de prestación de servicios, devengando como salario la suma final de $836.000, cumpliendo un horario de trabajo de domingo a domingo de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. Que las ordenes que le

eran impartidas, provenían de su jefe inmediata la señora Nadia Yurgasky, quien ostentaba el cargo de Jefe de Servicios Generales. Agrega que existían compañeros de trabajo que sí pertenecían a la planta de personal de la institución, los cuales cumplían sus mismas funciones; además, que su empleadora le exigió afiliarse al Sistema de Seguridad en calidad e trabajador independiente, y adquirir pólizas de cumplimiento de responsabilidad civil, previo a la suscripción de cada contrato. Indica que los pagos se le realizaban de manera mensual y le descontaban el impuesto de retención en la fuente e ICA. Que le hacían llamadas de atención relacionados con su trabajo, así como felicitaciones verbales por la ejecución de sus labores. Que no podía delegar las funciones asignadas y siempre utilizó las herramientas brindadas por el Hospital para desarrollar su actividad como Auxiliar de Servicios Generales. Refiere que no le han sido pagadas las prestaciones sociales, no fue afiliado al fondo de pensiones por la parte pasiva, ni le fueron consignadas sus cesantías al respectivo fondo. Indica que el 26 de junio de 2018, elevó reclamación administrativa, misma que le fue resuelta en sentido desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN: La demandada **SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto que el demandante se vinculó al Hospital mediante distintos, autónomos e interrumpidos contratos civiles o comerciales, que en nada atañen a un contrato de trabajo, máxime cuando los obligados manifestando su voluntad y de común acuerdo, conocieron la fecha tanto de inicio como de terminación desde el momento mismo en que se suscribía cada contrato, en curso de la etapa contractual. Aduce que el actor cumplió con sus actividades de forma autónoma, libre, conforme a sus propias capacidades, calidades y experiencia; además, la convocada actuó de buena fe, en consecución de los contratos de prestación de servicios que fueron conocidos, suscritos, ejecutados y

terminados por las partes de común acuerdo y sin reparos. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados ausencia de relación laboral, inexistencia de presupuestos para dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, relación contractual de naturaleza civil-contrato por prestación de servicios, improcedencia de indemnización pedida por la parte actora, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, prescripción, cosa juzgada y la innominada (folios 116 a 139).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 3 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E. desde el 1º de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, en virtud del cual el actor ostentó el cargo de Operario de Servicios Generales Código 5150 Categoría III y la calidad de trabajador oficial; **condenó** a la demandada a pagar a favor del convocante las diferencias salariales que surjan entre los valores a él remunerados y los determinados por el cargo de Operario de Servicios Generales Código 5150 Categoría III, tomando el salario de $1.009.740 para el año 2013, $1.055.177 para el año 2014 y $1.097.444 para el año 2015; **condenar** a la demandada a girar a las entidades de seguridad social a las que se encontraba afiliado el demandante el valor faltante por concepto de aportes a pensión, únicamente en el porcentaje que como empleador debió realizar por la vigencia del nexo contractual; **condenar** a la accionada a pagar al actor las primas de antigüedad, semestral, de vacaciones, de navidad, vacaciones y beneficios por servicios prestados causados entre el 7 de

mayo de 2015 y el 30 de junio de 2015, los cuales deberán liquidarse conforme al base salarial certificada para cada año, y los factores legales y convencionales determinados por la Convención Colectiva de Trabajo vigente; **condenar** a la pasiva a reconocer al demandante las cesantías e intereses, causados entre el 1º de octubre de 2013 al 30 de junio de 2015, liquidados conforme a la base salarial certificada para cada año, y los factores legales y convencionales determinados por la Convención Colectiva de Trabajo vigente; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, $36.581,47 diarios, hasta el pago efectivo de las condenas impartidas, la cual a la fecha asciende a la suma de $85.893.383; **declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las acreencias causadas con anterioridad al 7 de mayo de 2015, salvo las cesantías y sus intereses que deben reconocerse desde el inicio del vínculo laboral; **absolver** a la pasiva de las demás pretensiones y condenarla en costas (Cd. a folio 140).

> Lo anterior por considerar el *A quo* que, de las pruebas debidamente recaudadas se encuentra demostrada la prestación del servicio del demandante a favor el Hospital Meissen, de manera que operó a su favor la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, que no fue derruida, pues las actividades de servicios generales en manera alguna pueden ser consideradas como autónomas e independientes, acotando que a partir del año 2015 la demandada acudió a la tercerización laboral para cubrir la relación con el actor, pese a que contaba con la Resolución 12 de 2012, mediante la cual se estipuló el manual de funciones del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, advirtiendo que el demandante ostenta la calidad de trabajador oficial, que lo hace beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo. Concluyendo que deben reconocerse los emolumentos causados a su favor teniendo en cuenta la base salarial del cargo de Servicios Generales Código 5150, así como los factores convencionales vigentes entre los años 2013 y 2015, los cuales no se cuantifican, dado que no se allegó el texto convencional de esta época, emolumentos sobre

los cuales procede la prescripción, como quiera que la relación terminó el 30 de junio de 2015 y la primera reclamación administrativa se elevó hasta el 7 de mayo de 2018, fenómeno que no se hace extensivo a las cesantías y sus intereses.

RECURSO DE APELACIÓN:

El DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que en la pretensión 5ª literal Q se solicitó la indemnización por falta de consignación de las cesantías previstas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de manera que debe impartirse condena por este concepto.

A su turno la demandada **SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, formuló recurso de apelación aduciendo como reparos que, en el plenario no se evidencia prestación personal de servicio por el demandante a favor del Hospital Meissen con posterioridad al 28 de febrero de 2014, dado que no obran contratos o prórrogas que la demuestren entre el mes de octubre de 2014 y el 30 de junio de 2015, acotando que si bien existen certificación de servicios con JDR Asistenciamos para el año 2015, no media certeza que ello lo fuera a favor del citado Hospital, por manera que las condenas impuestas por el *a quo* resultan claramente infundadas, más aun cuando lo referido influye de una manera determinante en la excepción de prescripción propuesta. Agrega que se debió vincular a JDR Asistenciamos en calidad de litis consorcio necesario, a fin de determinar la entidad beneficiara del servicio, cuando el demandante estuvo vinculado a esta. Refiere que las agencias en derecho fijadas por el Juzgado de Conocimiento en 7 SMLMV no se encuentran demostradas en las diligencias, además, implican que la entidad no puede hacer uso de su derecho constitucional de acceso a la administración de justicia. Concluye indicando que los emolumentos laboral ordenados por el Juzgado no pueden ser liquidados con base

en la Convención Colectiva de Trabajo, porque como el mismo operador judicial lo refirió, esta no fue aportada al proceso.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que se ratifica en los argumentos del recurso de apelación con relación al artículo 99 de la ley 50 de 1990, la cual está dispuesta para los trabajadores particulares o norma análoga que para el caso en concreto rige en cuanto a la indemnización para los trabajadores oficiales como lo es la Ley 344 de 1996. Añade que debió aplicarse la Convención Colectiva de trabajo que se aportó junto con la demanda a folios 111 a 124, e igualmente, que se encuentra dentro del expediente en el archivo No. 12, para de esta manera conceder las pretensiones de la demanda en los rubros de caja de compensación familiar.

Parte demandada: Afirma este extremo procesal que de la documental adosada al proceso es posible establecer que el señor NÉSTOR RAÚL ZAMBRANO CAMACHO no tuvo ninguna vinculación de ninguna naturaleza con la entidad HOSPITAL MEISSEN II NIVEL durante el interregno comprendido entre el 16/10/2014 hasta el 30/06/2015 por lo que se concluye, clara e inequívocamente que dicho accionante no prestó sus servicios personales a la entidad en ese espacio de tiempo. Insiste en que se debió vincular al proceso JDR ASISTENCIAMOS como empresa a la cual se vinculó el actor por este interregno. Añade que de la documental es claro que el actor celebró contratos de prestación de servicios con la convocada hasta el 28 de febrero de 2014, precisando que este último se dio por terminado de

manera anticipada, circunstancia que además tiene efectos en la excepción de prescripción declarara por el *a quo*. Concluye indicando que no es procedente la indemnización moratoria, sobre todo porque la entidad actuó de buena fe, acotando adicionalmente que resulta injustificado el monto de las agencias en derecho.

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 art. 4º de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa presentada ante la encartada el 27 de junio de 2018 que milita a folios 61 a 65 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* las excepciones del *contestatario,* las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada[2], el determinar si entre las partes existió una sola relación de carácter laboral en el interregno comprendido entre el 1º de octubre de 2013 al 30 de junio de 2015, o si por el contrario, la relación sólo se extendió hasta el 14 de febrero de 2014, en virtud de la prestación personal del servicio por parte del actor.

---

[2] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Despejada la anterior premisa, habrá de determinar la Sala si las acreencias laborales reconocidas por el Juzgado de conocimiento habrán de liquidarse teniendo en cuenta la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2013 a 2015.

Finalmente, habrá de definirse si debe impartirse condena a título de sanción por falta de consignación de cesantías y si las agencias en derecho establecidas por el *a quo* deben ser modificadas en favor de la pasiva.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así declarado por el *a quo* en la sentencia de primera instancia y no reparado por la llamada a debate, lo cual además, no es objeto de revisión por virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del Hospital Meissen II, como quiera que de conformidad con el Acuerdo 13 de 1997 emanado del Consejo de Bogotá, se trata de una entidad adscrita a la Secretaría de Salud de Bogotá y si bien mediante Acuerdo 641 de 2016 "*Por el cual se efectúa la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se Modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones"*, el referido Consejo efectuó la reorganización del sector salud en el Distrito definiendo las entidades y organismos que lo conforman, estableciendo en su artículo 2º la fusión de Empresas Sociales del Estado adscritas a dicha Secretaría, esto es, que las ESE Usme, Nazareth, Vista Hermosa, Tunjuelito, Meissen y Tunal se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, lo cierto es que se trata de una entidad pública descentralizada con categoría especial del orden Distrital, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio y por ende, la Nación no es

garante, de ahí que no proceda a su favor el grado jurisdiccional de consulta establecido en el artículo 69 del CPT y de la SS.

Bajo ese escenario, queda incólume el reconocimiento efectuado por el Juzgado de Conocimiento, relativo a que entre el actor y la llamada a la acción existió una relación de carácter laboral, en virtud de la cual este se desempeñó Operario de Servicios Generales, cuyas funciones le otorgan la categoría de trabajador oficial.

Siendo competencia del Tribunal únicamente la definición del extremo final de la relación laboral, dado que la encartada en su alzada ha defendido que tal circunstancia se consumó hasta el 18 de febrero de 2014, pues de allí en adelante no se acredita prestación del servicio del actor a favor del Hospital Meissen II, y si bien, hacia octubre de 2014 se contrató con un tercero, esto es, con JDR Asistenciamos, lo cierto es que no existe prueba que el demandante ejecutara laborales a través de dicha entidad específicamente en las instalaciones del Hospital Meissen II.

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.

DE LOS EXTREMOS LABORALES

Preliminarmente, necesario se torna indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al trabajador la prestación del servicio humano, los extremos laborales en que se desplegó la misma, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación del mismo y al empleador la justeza en finalizarlo, en virtud del artículo 167 del CGP.

En claro lo anterior, y descendiendo a los motivos de reparo, se advierte de un análisis de las pruebas a que se contrae el expediente, en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 44), derecho de petición elevado ante la pasiva y su respuesta (fls. 45 a 47), certificación emitida por la demandada (fl. 48), contratos de prestación de servicios y sus adiciones (fls. 42 a 60), reclamación administrativa y su respuesta (fls. 61 a 75), certificación emanada de JDR Asistenciamos E.U. (fl. 76), comprobante de pago (fl. 77), Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales (fls. 78 a 79 y archivo 04 del expediente digital), informe rendido por el representante legal de la demandada (archivo 011 del expediente digital), Convenciones Colectivas (Archivos 12A del expediente digital), documentos relativos a la contratación de JDR Asistenciamos (archivos 15, 16 y 17 del expediente digital), expediente laboral allegado por la demandada (archivo 18 del expediente digital), historia laboral del actor (archivo 26 del expediente digital), interrogatorio de parte rendido por el demandante y declaración rendida por Holman Benavidez (Archivo 19 del expediente digital).

Elementos de convicción que analizados en conjunto permiten establecer que, tal y como lo señaló el Juzgado de Conocimiento entre las partes existió un solo contrato de trabajo, entre el 1º de octubre de 2013 y el 30 de junio de 2015, pues pese a que la prueba documental recaudada, en especial los contratos de prestación de servicios allegados al plenario y las certificaciones emitidas por la activa, dan cuenta que el actor prestó sus servicios directamente a favor del Hospital Meissen II hasta el 15 de octubre de 2014, existiendo una interrupción entre el mes de abril y el mes de septiembre de símil año, como informa la certificación militante en el archivo 06 del expediente digital, lo cierto es que la encartada al dar contestación a la demanda, aceptó los extremos laborales que fueron aducidos por el actor en su extremo inicial.

Así, nótese que el convocante en el hecho segundo de la demanda indicó que *«El accionante **NESTOR RAÚL ZAMBRANO CAMACHO**, laboró para la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE**, desde el día **01 de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015**, en el cargo de **AUXILIAR DE SERVICIOS GENERAL**ES de manera constante e ininterrumpida»* (fl. 7).

Frente a lo cual la llamada a la acción contestó que «***ES PARCIALMENTE CIERTO:*** *el contratista prestó sus servicios en el términos señalado, no obstante no es cierto que hubiere "laborado" como erradamente se afirma en el líbelo demandatorio, pues de la forma en que se celebraron, ejecutaron, terminaron y liquidaron dichos pactos contractuales, se evidencia que estos fueron independientes, autónomos e interrumpidos en distintas ocasiones».*

De manera que, desde la contestación de la demanda, la parte pasiva aceptó que el actor prestó los servicios a su favor en el término señalado en la demanda, esto es, desde el día 01 de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, pese a que indicó que ello ocurrió den interrumpida dentro del marco de la autonomía en independencia que caracterizan los contratos de prestación de servicios.

A lo anterior se suma que, obra en el expediente la declaración del señor Holman Benavidez, el cual no fue reargüido ni tachado por la parte accionante, y quien de manera clara indicó en calidad de trabajador de la convocada que, conoció al accionante hacia el año 2013, cuando inició a laborar a favor del Hospital Meissen II, en labores de limpieza, desinfección y traslado de desechos; que pudo constatar directamente que la prestación de los servicios se extendió hasta julio de 2015, cuando éste se retiró de la entidad; que los turnos realizados por el demandante le eran asignados por su coordinadora de sección, la señora Blanca Lancheros, quien además era trabajadora de planta del Hospital; que los insumos de trabajo le eran entregados por el Hospital y que para ausentarse de su lugar de trabajo el demandante debía

solicitar permiso a su coordinadora, reiterando que siempre lo vio prestando sus servicios desde que lo conoció hasta el año 2015, pese a que las labores de aseo fueron asignadas a un tercero desde esta última anualidad. (Archivo de audio 19 del expediente digital).

Por tanto, la declaración en referencia de manera clara permite constatar que el actor siempre desempeñó la misma labor, a favor del Hospital Meissen II, en actividades de aseo, sin que existiera solución de continuidad, de lo cual resulta diáfano que, se encuentra probada la prestación personal del servicio del convocante a favor de la pasiva por todo el período de tiempo determinado por el Juzgado, contrario a lo señalado en la alzada, y sin que sea relevante que a folio 76 obre certificación de JDR Asistenciamos E.U., en la cual se indica que el actor fungió como Auxiliar de Servicios Generales de dicha empresa entre el 16 de octubre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015, porque la testimonial da cuenta clara que el actor en realidad desempeñó la labor con los insumos de la encartada y bajo su subordinación, ejercida a través de la Coordinadora Blanca Lancheros, trabajadora directa del Hospital Meissen, siendo oportuno resaltar además que, la empresa JDR Asistenciamos E.U. no debió ser vinculada a este proceso, como se propone en la alzada porque frente a esta no se elevó ninguna pretensión.

Así las cosas, no puede concluir la Sala extremo final distinto al declarado por el *a quo*, que lo es el 30 de julio de 2015, y por ende, no puede efectuarse ninguna modificación a la excepción de prescripción que este declaró, menos aun cuando en el recurso de apelación no se reprocha que se haya tomado como reclamación administrativa que tuvo la virtud de interrumpirla, aquella comunicación de fecha 7 de mayo de 2018 militante a folios 45 a 46, siendo lo procedente confirmar la decisión sobre este aspecto.

EXTENSIÓN DE BENEFICIOS CONVENCIONALES

Sobre el reparo que efectúa la demandada en relación con la extensión de a Convención Colectiva de Trabajo, y en particular la liquidación de las acreencias laborales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento considerando factores salariales convencionales, baste con decir que le asiste razón a la parte recurrente, en la medida que al expediente únicamente fueron allegadas las Convenciones Colectivas correspondientes a los años 2017-2021 y 2007 2011 (archivo 12ª. Del expediente digital), empero, no se adosó texto convencional vigente para el interregno en que se ejecutó la relación laboral, esto es, la que correspondiere a los años 2013-2015, no pudiendo entonces la Sala hacerla extensiva al demandante, porque no se cuenta con ella con su respectiva constancia de depósito, como prueba para constatar los términos en los cuales esta tiene aplicación a favor de los trabajadores oficiales.

De manera que, habrá de modificarse la sentencia objeto de alzada, en el sentido de establecer que la liquidación de los emolumentos laborales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento sean liquidados conforme a los salarios definidos por este y considerando para el efecto, los factores salariales que establece la ley, siendo oportuno acotar que no se hace ninguna consideración sobre cada unas de las prestaciones reconocidas en la sentencia de primer grado, dado que las mismas no fueron discutidas por la encartada en esta segunda instancia.

SANCIÓN POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

En cuanto al reclamo que sobre la sanción por falta de consignación de cesantías eleva la parte activa, ha de decirse que los servidores públicos del nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto

1582 de 1998, quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990, del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías, como así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL582-2021 M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz.

Puestas así las cosas, sería procedente imponer condena por la sanción que se debate, empero, no debe pasarse por alto que el Juzgado declaró probada la excepción de prescripción por las acreencias laborales causadas con anterioridad al 7 de mayo de 2015, por lo que únicamente quedaría en vigor la sanción por el último año de servicios del accionante, que lo fue el 2015, pero como quiera que para tal anualidad no existía obligación del dador del laborío de consignar las cesantías, sino de entregarlas directamente al trabajador, diáfano resulta concluir que carece de visos de prosperidad dicha indemnización.

AGENCIAS EN DERECHO

Sobre este aspecto baste con señalar que, la sentencia no corresponde al momento procesal para debatir el valor de las agencias en derecho fijadas por el Juzgado de Conocimiento a cargo de la parte demandada, pues para ello se estableció el recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto que aprueba la liquidación de costas, conforme a los términos del numeral 5º del artículo 366 del CGP.

De manera que, la Sala no podrá hacer ninguna modificación sobre el valor de las agencias en derecho en esta oportunidad procesal, contrario a lo propuesto por la encartada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR los **NUMERALES QUINTO** y **SEXTO** de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 3 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** que la liquidación de las acreencias laborales allí reconocidas por el Juzgado de Conocimiento se liquiden por la pasiva conforme a la base salarial definida en la sentencia de primer grado y los factores salariales legales previstos para cada una, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en los demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

35202000478 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NORHA FAISSULE PÉREZ SÁNCHEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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 **Brigitte Natalia Carrasco Boshell**, identificada con

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

cedula de ciudadanía No. 1.121.914.728 de Villavicencio y tarjeta profesional 288.455 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

Igualmente, Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Santiago Bernal Palacios**, identificada con cedula de ciudadanía No. 65.701.747 de Espinal, Tolima y tarjeta profesional 269.922 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución conferida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **NORHA FAISSULE PÉREZ SÁNCHEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir; en consecuencia, se condene a Colpensiones activar su afiliación nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones realizadas junto con sus rendimientos financieros, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; se condene a Colpensiones a recibir las sumas trasladadas; se condene a lo que resulta probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (fl. 4 archivo 01 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 3 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que inició sus aportes a pensión en el régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES y, posteriormente se trasladó de régimen a la A.F.P. COLPATRIA desde noviembre de 1999. Agregó que su traslado se

debió a que en su sitio de trabajo llegó un asesor de la AFP PORVENIR quien le aseguró que el ISS se iba a liquidar, por lo que podría perder las semanas cotizadas, mientras que en el RAIS podría pensionarse en mejores condiciones. Que la A.F.P. PORVENIR no le brindó una información completa y clara, no le dio una asesoría responsable y transparente sobre los efectos y consecuencias de su traslado de régimen pensional, las características de ambos regímenes pensionales, las condiciones de acceso a una pensión, los factores que intervenían en el monto de la mesada pensional, los descuentos que se realizarían mensualmente de su aporte, las diferencias entre los regímenes y, no realizó ninguna gestión tendiente a verificar sus condiciones particulares, para poder determinar qué régimen le resultaba más favorable. Que solicitó a la AFP PORVENIR el 17 de septiembre de 2020 la anulación de su afiliación y a COLPENSIONES el 16 de octubre del mismo año que activara su afiliación, por cuanto el traslado de régimen no estuvo antecedido de la información completa, clara y oportuna que le permitiera ejercer su consentimiento de manera informada; sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron impetradas en su contra al considerar en esencia que, la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Agrega que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias conforme lo expone el Decreto 2241 de 2010 y, que contó con varias oportunidades para trasladarse de nuevo al RPMPD y no lo hizo. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 1 a 26 archivo 11 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se tiene que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma que prevé que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 1 a 44 archivo 14 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 4 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen

realizado por la demandante al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir S.A., y en consecuencia, declarar válida la afiliación al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados a los gastos de administración, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades; **condenar** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM; **condenar** en costas a Porvenir S.A., **sin costas** en contra de Colpensiones (Archivo 28 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y, espontánea, lo cual se evidencia del formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la Ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Refiere que, para el momento en que se dio el traslado de régimen no se exigía la información señalada en la demanda y en el fallo de primera instancia, no pudiendo señalarse en el presente caso que la AFP haya tenido

una posición dominante, pues no nos encontramos frente a un contrato, por lo que la afiliación de la demandante al RAIS reviste de validez porque se cumplieron con los parámetros de información establecidos para el momento del traslado; data para la cual no se exigía el buen consejo, ni la doble asesoría, ni mucho menos dejar por escrito la información brindada. Afirma que la promotora del litigio contó con múltiples oportunidades para trasladarse al RPMPD y no lo hizo. Manifiesta que la inconformidad de la demandante radica únicamente en el monto de la pensión, pero que las prestaciones en cada uno de los regímenes no son comparables.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que no se dio aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Que Colpensiones fue ajena a la afiliación al RAIS. Afirma que no se le puede exigir una doble asesoría, atendiendo la fecha en que se dio el traslado. Que la demandante no puede considerarse una afiliada lega por los múltiples cargos que ha tenido y, al haber estado en la terna para Contralora. Y que no puede darse el traslado pues se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Solicita la conformación del fallo de primer grado, por cuanto de las pruebas practicadas en el juicio es posible establecer que la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una adecuada información y asesoría en el momento previo a su traslado, como así lo tiene definido la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo cual no puede ser suplido a través del formulario de afiliación, contrario a lo definido por las demandadas.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año 1999, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 2003.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa

solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 64 a 65 del archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NORHA FAISSULE PÉREZ SÁNCHEZ al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 16 archivo 01), historia laboral consolidada emitida por la AFP Porvenir (fls. 47 a 56 archivo 01 y fls. 48 a 79 archivo 11), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 29 a 33 archivo 01 y archivo 16), certificación electrónica de tiempos laborados CETIL (fls. 35 a 46 archivo 01), formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA (fl. 28 archivo 01 y fl. 80 archivo 11), derecho de petición elevado ante la AFP PORVENIR (fls. 62 a 63 y 74 a 75 archivo 01), derecho de petición elevado ante COLPENSIONES (fl. 64 a 65 y 69 a 70 archivo 01), respuesta dada por COLPENSIONES (fls. 66 a 68, 71 a 73 y 84 a 85 archivo 01), derecho de petición elevado ante la Superintendencia financiera de Colombia (fls. 76 a 77 archivo 01), respuesta dada por la Superintendencia Financiera de Colombia (fls. 78 a 83 archivo 01), historial de vinculaciones

SIAF de ASOFONDOS (fls. 27 a 28 archivo 11), proyección pensional realizada por la AFP PORVENIR (fls. 32 a 35 archivo 11), guía de autoservicios para clientes de la AFP PORVENIR (fls. 36 a 47 archivo 11), certificado de afiliación a la AFP PROVENIR (fl. 81 archivo 11), comunicados de prensa (fls. 90 a 92 archivo 11), expediente administrativo (archivo 16.1) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 27).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*
>
> *Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre

de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

> *«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».*

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

> *«… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».*

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la

Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de

prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como

tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.° 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.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades

vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como

condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre,

espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.
Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir

la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 7 de octubre de 1988 hasta el 31 de octubre de 1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 29 a 33 archivo 01 y archivo 16 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR el 19 de octubre de 1999 (fl. 27 archivo 01 del expediente digital); fondo al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 27 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que llegó a su sitio de trabajo un asesor de la AFP PORVENIR, el cual les ofreció el traslado, les indicó que era un fondo sólido, que iban a seguir en las mismas condiciones, que el ISS se iba a liquidar, que les garantizaban que iban a poder acceder a una pensión, que fue una charla grupal y luego diligenciaron el formulario, que les dijeron que todo iba a continuar igual y bajo esas condiciones firmó el formulario de manera libre y voluntaria. (Audio 27 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colpatria hoy Porvenir que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones y la AFP PORVENIR, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, ni se afecta la sostenibilidad financiera, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el A quo. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 4 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **NORHA FAISSULE PÉREZ SÁNCHEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 AFP Porvenir y Colpensiones en la suma de $600.000, para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

36201900524 01 [1]

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HENRY DÍAZ RIVERA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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»*

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HENRY DIAZ RIVERA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual efectuado a la AFP Protección S.A. en el mes de octubre de 1997, así como que no dejó de estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Como consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, tales como aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y rendimientos; se condene a Colpensiones a recibir dichos valores y a actualizar la historia laboral, sin que la AFP Protección S.A. deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno, a los aportes objeto de devolución; se condene a todo lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, y (fls. 11 a 14 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 11 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 9 de mayo de 1961; que estuvo afiliado al otrora ISS desde el 7 de mayo de 1984 hasta octubre de 1997. Que en el mes de octubre de 1997 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., motivado por la información brindada por el fondo demandado respecto a que el ISS se

iba a extinguir y que en el RAIS se pensionaría a una edad más temprana, con una mesada pensional de mayor valor. Sostiene que la AFP Protección S.A. no le entregó comparativos, tampoco le dio a conocer las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes, y no le asesoró sobre el derecho al retracto. Añade que en abril de 2013, fue contactado por la asesora de Negocios Institucionales Corporativa de la AFP Protección, Ingrid Mideros Nogales, quien le realizó una proyección sobre el monto de la pensión de vejez, acotando que ante ella manifestó de manera expresa su decisión de trasladarse al RPM, lo cual quedó consignado en el formulario de fecha 24 de abril de 2013, antes de cumplir los 52 años de edad, no obstante, tal manifestación de voluntad fue omitida por el fondo de pensiones, además, pese a que el 14 de mayo de 2013 elevó solicitud de traslado ante Colpensiones, nunca fue informado por ninguna de las demandadas, sobre el resultado de dicho trámite. Indica que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, peticiones que fueron negadas por ambas entidades.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante al considerar en esencia que, no se configura ninguna causal que haya viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias con la AFP Protección S.A., ya que la afiliación se realizó de manera libre, consciente y

voluntaria, exenta de nulidad y de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además por cuanto el demandante ha estado afiliado al RAIS por más de 15 años, sin haber expresado su inconformidad de seguir perteneciendo al mismo. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica (Folios 130 a 156 archivo 01 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a la totalidad de las pretensiones al considerar en esencia que, la AFP cumplió con su deber de asesorar y acompañar al demandante y en ningún tiempo lo engañó, ni lo obligó a afiliarse a la entidad, pues realmente se le suministró una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, el demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada. Agrega que, a través de sus asesores brindó la información suficiente, establecida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para que el actor pudiera tomar una

decisión libre y exenta de cualquier vicio de consentimiento. Añade que, para la época de la afiliación a la AFP se cumplió con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que contemplaba como requisito principal el consentimiento plasmado en el formulario de vinculación, el cual convalidó la asesoría recibida. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y la innominada o genérica (Archivo 02 carpeta 05 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el actor al RAIS, que se hizo efectivo el 28 de octubre de 1997 a través de la AFP Davivir, hoy Protección; **ordenar** a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otro; **condenar** a la AFP Protección a trasladar la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de gastos de administración o comisiones; **ordenar** a Colpensiones a recibir e imputar una vez

recibidos los aportes a la historia laboral del demandante; **declarar** no probada la excepción de prescripción; **condenar** en costas a Protección. (Audio 01 carpeta 10 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Davivir, hoy Protección, haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, en tanto no basta con la simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis, que no quedó acreditado en el plenario la ineficacia del traslado de régimen alegada por el demandante, por el contrario, sostiene que la afiliación que realizó a la AFP Protección S.A. resulta completamente válida y vinculante, en tanto suscribió de manera voluntaria y consciente, aceptando las condiciones ofrecidas por el fondo privado, a más que por 15 años ha realizado aportes a dicho régimen. Afirma que es palpable la intención del actor de haber

construido la pensión bajo la modalidad de la cuenta de ahorro individual, ya que no mostró inconformidad y hubo negligencia de su parte, respecto de consultar su situación pensional, por lo que no hay vicio en el consentimiento, siendo claro que la voluntad de aportar en el RAIS se extendió en el tiempo. Sostiene que, si bien el deber de información debe acreditarse en todos los procesos, esa obligación ha ido variando a lo largo del tiempo, pues para la época del traslado era imposible que los fondos de pensiones previeran las condiciones de las cotizaciones de sus potenciales afiliados. Añade que, en caso que el actor no hubiere recibido una asesoría adecuada por parte de Davivir en 1997, ello fue saneado por el paso del tiempo, toda vez que el demandante efectuó aportes durante más de 10 años, sin buscar asesoría por iniciativa propia durante ese lapso y antes de encontrarse inmerso en la prohibición legal de traslado. Indica que, el actor no es un afiliado lego en materia pensional, dado que no se evidencia en el expediente que no es una persona con dificultad para entender lo que conlleva consigo trasladarse de régimen. Afirma que, se vería afectado el principio de la sostenibilidad fiscal y financiera, aumentando considerablemente el pasivo presupuestal que ya existe, pues no basta que la AFP Protección traslade la totalidad de los valores que fueron ordenados por el Juzgado de Conocimiento, en tanto Colpensiones subsidia las prestaciones que reconoce a sus afiliados actuales en un porcentaje considerable, y es por ello que, resulta importante dar aplicación a la prohibición legal de traslado, en la que se encuentra inmerso el demandante.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que, de acuerdo al literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, un porcentaje de la cotización se destina para las primas de seguros, para financiar el fondo de solidaridad pensional y para cubrir gastos de administración, por lo que devolver tales dineros constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y del Régimen de Prima Media, máxime que las gestiones de la AFP en efecto generaron rendimientos financieros a la parte activa. Añade que Protección está imposibilitada para recobrar los pagos efectuados a las correspondientes aseguradoras y, por consiguiente, en caso de que se ordene y efectúe el traslado a Colpensiones, tendría que asumirlo con cargo a su propio patrimonio, lo que también constituiría una vulneración a su derecho a la igualdad. Agrega que la orden del Juzgado implica desconocer la estabilidad financiera y económica del Sistema General de Pensiones, y que la condena en costas es improcedente, toda vez que la AFP demandada no cuenta con soporte normativo legal que la autorice a realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional por parte del afiliado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, por cuanto demostró que actuó bajo el principio de buena fe constitucional, brindando la información idónea y necesaria que se requería para la época respecto a la afiliación y traslado del demandante. Añade que se administró y gestionó el dinero que depositó el actor con la mayor probidad, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros, por manera que no es procedente retornar los gastos de administración y seguros previsionales.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, señala que el traslado del actor es completamente válido y produce plenos efectos entre las partes, por cuanto su consentimiento no está viciado de error, fuerza o dolo, a más que el asesor comercial sí cumplió con el deber de información que tienen los fondos para brindar asesoría respecto de las ventajas y beneficios de construir una pensión en el RAIS. Indica que dentro del proceso la parte activa nunca demostró que fue inducida o forzada a suscribir el respectivo formulario de afiliación, pese a que tenía la carga de probar dicha circunstancia.

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

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 92 a 103 archivo 01 de la carpeta 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por HENRY DIAZ RIVERA al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

De resultar afirmativa la anterior premisa, habrá de establecerse si es procedente la condena en costas de primera instancia en contra de la AFP Protección.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fls. 76 a 77 archivo 01 carpeta 01), historia laboral expedida por Colpensiones (fls.

78 a 80 archivo 01 de la carpeta 01 y archivo 04 de la carpeta 08), copia de certificado de aportes al Sistema de Protección Social (fls. 81 a 86 archivo 01 carpeta 01), formulario de reasesoría de la AFP Protección (fl. 87 a 88 archivo 01 de la carpeta 01 y fl. 33 archivo 02 de la carpeta 05), comunicado emitido por la AFP Protección (fl. 90 a 91 archivo 01 carpeta 01), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 92 a 121 archivo 01 carpeta 01), expediente administrativo Colpensiones (archivo 02 carpeta 08), formulario de vinculación emanado de Davivir S.A. (fl. 30 archivo 02 carpeta 05), simulación pensional (fls. 36 a 37 archivo 02 carpeta 05), historia laboral para bono pensional (fls. 38 a 40 y 56 a 62 archivo 02 carpeta 05), historia laboral emanada de la AFP Protección (fls. 41 a 55 archivo 02 carpeta 05), reporte estado de cuenta emanado de Protección S.A. (fls. 64 a 89 archivo 02 carpeta 05), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 90 a 91 archivo 02 carpeta 02), e interrogatorios de parte rendidos por el representante legal de Protección S.A. y por el demandante (Archivo 01 de la carpeta 10).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria*

para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.

A juicio de esta Sala ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que ***la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad

objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros

conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro

de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 07 de mayo de 1984 hasta el 31 de octubre del 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 04 de la carpeta 08 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 28 de octubre de 1997 (fl. 30 archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Davivir hoy 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 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no

se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 30 archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«(…) yo trabajaba en ese momento en la empresa Lanier, yo llego después del medio día de almuerzo y nos encontramos con que había un asesor de la empresa Protección, entonces nos estaba comentando que era necesario que nos pasáramos, cambiáramos del Seguro Social, porque de acuerdo a lo que se veía en su momento, el Seguro Social se iba a terminar. Por tal motivo, la gran mayoría de personas que estábamos ahí, seríamos unas 25 – 30 aproximadamente, procedimos a llenar documentos y a entregar documentos de las personas que estarían ahí. Básicamente no tuvimos una asesoría de fondo, de decirnos cuáles serían las consecuencias o cómo se tenía que hacer, lo importante era en el momento diligenciar los formularios, llenar toda la documentación y entregarla, cierto, básicamente de esa manera fue que se dio. Recuerdo tanto que algo que nos prometían era primero que no íbamos a necesitar tener la edad de 62 años para pensionarnos y que nos podíamos pensionar mucho antes, y lo otro era que lo que íbamos a recibir de mesada iba a ser mucho más que lo que podíamos recibir del Seguro Social. En su momento, procedimos la gran mayoría de personas a cambiarnos en ese momento, y así fueron las circunstancias. (…) el formulario lo iba llenando la persona que era en su momento de los fondos de pensiones. (…) simplemente, el tema fue vender la idea de que el seguro se iba a acabar y que efectivamente teníamos que cambiarnos a otro fondo porque nos íbamos a quedar sin pensiones (…)»* (Archivo 01 de la carpeta 10).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la

explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Davivir hoy Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, ora su oficio y formación académica, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Protección S.A., argumentando que dichos dineros constituyen una contraprestación a la AFP por el

cumplimiento de su función, que se encuentran previstos en la ley, y cuya devolución implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y el demandante.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

(…)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. La demandada Protección, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de condena en costas por el *a quo*. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado dispuso la imposición de condena en costas a cargo de Protección, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal manera que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual se confirma la decisión en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Protección, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 23 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **HENRY DIAZ**

RIVERA contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**., conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Protección, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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 AFP Protección S.A. y Colpensiones, en la suma de $600.000 para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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 **Mayra Alejandra Bohada Rojas** identificada con

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

cedula de ciudadanía No. 1.093.783.369 y tarjeta profesional 321.634 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO** a través de apoderado judicial, pretende se imparta condena en contra de Colpensiones, encaminada a que se le reconozca y pague una pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo Leonidas Pardo Riaño (q.e.p.d), a partir del 7 de diciembre de 2008, junto los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales. (fls. 1 y 2 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 y 3 archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que es la madre del difunto Leonidas Pardo Riaño, quien se encontraba afiliado a Colpensiones, y en vida no contrajo nupcias, no convivió en unión marital de hecho y no procreó hijos. Que el causante convivió con ella hasta el día de su muerte, acotando que era el encargado de proveerle los gastos del hogar, con los cuales satisfizo sus necesidades básicas de alimentación y vestuario. Que el afiliado falleció el 7 de diciembre de 2008, época para la cual contaba con 50,6 semanas dentro de los 3 años anteriores, puesto que laboró para la Alcaldía de la Paz-Santander del 9 de enero al 31 de diciembre de 2007 al 31 de diciembre de símil año, no obstante, en la respectiva historia laboral se refiere que el causante solo cuenta con 49,86 semanas. Aduce que el 1º de abril de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de

sobrevivientes, misma que le fue negada en Resolución SUB 143876 del 7 de julio de 2020, por no acreditar el causante 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso, y es por ello que, se le indica que puede solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Que la negativa en el reconocimiento pensional fue confirmada en Resolución DPE 9879 del 17 de julio de 2020.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas, al considerar en esencia, que el causante acreditó 349 días laborados correspondientes a 49 semanas dentro del período comprendido entre el 7 de diciembre de 2005 y el 7 de diciembre de 2008, fecha esta del fallecimiento, por manera que no cumple con el requisito contemplado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Concluye indicando que, tampoco se reúnen los presupuestos para acceder a la prestación en virtud del principio de la condición más beneficiosa **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, 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 y la genérica. (Carpeta 10 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de octubre de 2021, resolvió **declarar** que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión

de sobrevivientes por el fallecimiento de Leonidas Pardo Riaño; **condenar** a la demandada a pagar la prestación desde el 7 de diciembre de 2018, en valor a un salario mínimo legal mensual vigente por 14 mesadas al año; condenar a Colpensiones a pagar a la demandada la suma de $50.790.872 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 21 de mayo de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2021, quedando autorizada la entidad a descontar los aportes que corresponden a salud; **condenar** a Colpensiones a pagar a la demandante los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas desde el 21 de julio de 2017 hasta cuando se verifica su pago; declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada; **condenar** en costas a la pasiva (fl. Cd. 64).

> Lo anterior por considerar el *A quo,* que conforme a la fecha de fallecimiento del causante, la norma aplicable lo es la Ley 797 de 2003, la cual exige 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la muerte, condición que se cumple en el caso, como quiera que el causante logró cotizar 49,86 semanas, las cuales se deben aproximar al número entero 50, dado que el decimal supera el 0,5, como de vieja data lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia; sumando a ello que, conforme a las testimoniales recaudadas, se acredita el requisito de dependencia económica de la demandante respecto de su hijo, la cual no ha de ser total y absoluta, pues esta no excluye otras fuentes de ingresos de los padres. Concluyendo que es procedente el reconocimiento de la prestación reclamada, junto con los intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como reparos que, el afiliado fallecido no dejó causada la pensión de sobrevivientes reclamada, en tanto no reunió la densidad de semanas exigidas para el efecto, esto es, 50 semanas

dentro de los 3 años anteriores al deceso, al demostrar únicamente 49 en ese mismo lapso. Agrega que la actora tampoco acreditó la dependencia económica que exige la norma que regenta el caso, pues de las pruebas emana que no solamente contaba con la ayuda de su hijo fallecido, sino también encontraba apoyo y colaboración en 7 hijos más, quienes igualmente soportaban su sostenimiento, lo cual continúan efectuando en la actualidad. Solicita la exoneración de los intereses moratorios, toda vez que Colpensiones ha actuado apegada a la legalidad y de buena fe, acotando que la negativa en el reconocimiento pensional se sustenta en la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto, sumando a ello que, los intereses se causan después de pasados 3 meses después de haberse radicado la solicitud, que en el caso planteado tuvo lugar hasta el año 2020. Añade que las pruebas que acreditan un eventual derecho solamente fueron allegadas en sede judicial y no, en sede administrativa, lo que conllevó a la demandada a negar la prestación reclamada, lo cual se constituye en un motivo adicional para no imponer condena a título de intereses.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandada: Este extremo procesal solicita la revocatoria del fallo de primer grado, aduciendo para el efecto que el causante acreditó un total de 349 días laborados correspondientes a 49 semanas entre el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2005 y el 7 de diciembre de 2008, por manera que no cumple con el requisito de densidad de semanas contemplado en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, para efectos

de reconocer la prestación reclamada. Indica que tampoco acredita las condiciones de la norma anterior, esto es, el texto original de la Ley 100 de 1993.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que Invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte demandante cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la solicitud elevada ante la entidad demandada, mediante la cual la actora reclamó el reconocimiento pensional, visible a folio 16 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO, en calidad de progenitora, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte del afiliado LEONIDAS PARDO RIAÑO (q.e.p.d.), y de encontrarse acreditado lo precedente, establecer

la procedencia en fulminar condena a titulo de retroactivo e intereses moratorios.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el art culo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., que se contrae a las probanzas obrantes en el expediente digital, en especial, copia del documento de identificación de la demandante (fl. 13 archivo 01), legajo contentivo de reclamación administrativa (fl. 16 archivo 01), reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones (fls. 17 y 18 archivo 01), copia del registro civil de nacimiento y defunción de PARDO RIAÑO (fls. 19 y 20 archivo 01), recurso de apelación promovido ante Colpensiones (fls. 21 a 22 archivo 01), Resoluciones SUB 143876 del 7 de julio de 2020 y DPE 9879 del 17 de julio de 2020 (fls. 23 a 32 archivo 01), expediente administrativo (carpeta 10), interrogatorio de parte absuelto por la demandante y testimonios rendidos por Esteban Pardo Riaño (archivo de audio 18); probanzas de las cuales se colige, que Leonidas Pardo Riaño falleció el 7 de diciembre de 2008 (folio 20 archivo 01); quien se encontraba afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones a cargo de COLPENSIONES, donde logró aportar a 49,86 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, y particularmente durante el año 2007, tal como se refiere en la historia laboral expedida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo (carpeta 10), lo cual no fue objeto de reproche por la demandada en este segundo grado.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el libelo, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiarios de la

prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al de *cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente del pensionado, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 7 de diciembre de 2008, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 20 archivo 01 del expediente digital, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

> «**ARTÍCULO 12.** *El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *(…)2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (…)*
>
> *"ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:*
> *Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
> *(…)*
> *d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;»* (Resalta fuera de texto)

De cara a lo anterior, esta Sala de Decisión evidencia que efectivamente LEONIDAS PARDO RIAÑO cumplió los pedimentos del artículo 12 de la Ley *ejusdem,* pues si bien, para la calenda de fallecimiento contaba con una densidad de 49,86 semanas, lo cierto es que como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, y en específico en la sentencia SL3222-2019, la fracción de semanas de cotización que supera el 0.5 debe acercarse al número entero siguiente, por manera que tal como lo declaró la Juez de Conocimiento, en el caso de autos el número de semanas de cotización debe aproximarse a 50, acreditándose así el número de semanas exigido dentro de los 3 años previos al fallecimiento, conforme a la norma que regenta el asunto puesto a consideración de la Sala, no siendo atendibles los argumentos expuestos por Colpensiones sobre este punto.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiaria de la señora HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO junto con su dependencia económica frente al causante, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, evidencia esta Sala que el primer cuestionamiento no fue objeto de reparo por la entidad accionada, aspecto que por demás se encuentra acreditado con la documental visible a folio 19 archivo 01 del expediente digital, atinente al registro civil de nacimiento de PARDO RIAÑO, razón por la cual, esta Sala de Decisión procederá a verificar si de los medios probatorios incorporados, se logra concluir la dependencia económica impetrada en la norma regente.

De esta manera, resulta necesario remitirnos a la jurisprudencia constitucional, es especial, la sentencia C-111 de 2006 mediante la cual se estudió la exequibilidad de la norma relacionada, y que en sus apartes pertinentes indicó:

«De lo expuesto se concluye que la dependencia económica supone un criterio de necesidad, esto es, de sometimiento o sujeción al auxilio recibido de parte del causante, de manera que el mismo se convierta en imprescindible para asegurar la subsistencia de quien, como los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida pueden requerir dicha ayuda en calidad de beneficiarios. Por ello la dependencia económica no siempre es total y absoluta como lo prevé el legislador en la disposición acusada. Por el contrario, la misma ***responde a un juicio de autosuficiencia****, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana,* ***admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario****.*

Así las cosas, es claro que el criterio de dependencia económica tal como ha sido concebido por esta Corporación, si bien tiene como presupuesto la subordinación de la padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para subsistir, ***no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional*** *siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, vale decir, haga desaparecer la relación de subordinación que fundamenta la citada prestación.*
(…)

26. Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

En este contexto, se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente, a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. *Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*

2. *El salario mínimo no es determinante de la independencia económica.*

3. ***No constituye independencia económica recibir otra prestación****. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes*

como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.

4. ***La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.***

5. *Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.*

6. ***Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica***» (Acentúa la Sala)

En igual sentido, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, ha modulado la dependencia económica de los padres respecto de su hijo causante, entre otras, en la sentencia Rad. 44601 del 1 de noviembre de 2011 con ponencia del H. M. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al enseñar:

«En primer lugar, se ha de precisar que la Sala tiene establecido el criterio de que la existencia de una prestación periódica en cabeza del beneficiario per se no implica que desaparezca la dependencia económica y que se excluya la posibilidad de acceder a otra, sino se demuestra que la que ya disfruta lo convierte en autosuficiente económicamente (sentencia de 24 de mayo de 2011, rad. N° 37595)»

Supuesto decantado en la sentencia Rad. 38070 del 24 de abril de 2012 y, recientemente, en el proveído SL 2587-2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo al adoctrinar:

«Es por ello que se ha dicho que la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de este último se ve amenazada en importante nivel, al punto de poner en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, ***una persona es dependiente cuando no cuenta con grado suficiente de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece.***

(…)

Así, en la labor interpretativa que este realizó tuvo en cuenta la sentencia C-111-2006 (…)

Tal lectura no se rebela contra la interpretación fijada por esta Corporación, según la cual la dependencia económica que exige la norma en cita ***no puede comprenderse en términos absolutos****, de modo que el hecho de que existan otras contribuciones o rentas en favor de los padres del afiliado fallecido, no excluye el derecho de estos de obtener una pensión de sobrevivientes, la* ***única condición que debe cumplirse es que esos ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas*** *(CSJ SL 31346, 12 feb. 2008, reiterada en la CSJ SL2800-2014 y la CSJ SL6558-2017).*

Sobre este punto, esta Corte ha identificado como ***elementos estructurales de la dependencia: i) la falta de autosuficiencia económica a partir de recursos propios o de terceros y ii) una relación de subordinación económica respecto de la persona fallecida****, de forma tal que le impida valerse por sí mismo y que vea afectado su mínimo vital en un grado significativo.*

(…)

Puesto en otros términos, no significa que es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien realmente contribuía, a mantener unas condiciones de vida determinadas (CSJ SL18517-2017).

Es por lo anterior, que se ha puntualizado jurisprudencialmente que la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del «buen hijo», no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica y, en esta eventualidad, no se cumplirían las previsiones señaladas en la ley»

Conforme a la jurisprudencia seguida en líneas precedentes, y teniendo claridad que la dependencia económica que exige la norma pensional no debe ser absoluta y total, pues ello iría en contra de los principios propios de un Estado Social de Derecho que pretende propender por los derechos esenciales e inherentes de la persona, pues aceptar lo contrario, seria intentar un estado de absoluta necesidad de los padres respecto de los hijos, es que se desciende esta Sala de Decisión a analizar el material probatorio legalmente recaudado.

Al punto, la demandante HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO al rendir interrogatorio de parte manifestó que hacia el año 2006 se separó de su esposo y que su hijo fallecido al terminar sus estudios fue contratado por la Alcaldía de la Paz Santander, por manera que se fue a convivir con ella, y es por ello que el *de cujus* comenzó a solventar su sustento, porque fue el hijo que tuvo la oportunidad de estudiar y trabajar, acotando que sus otros 7 hijos no le colaboraban en la satisfacción de sus necesidades básicas.

A su turno el testigo ESTEBAN PARDO RIAÑO, dijo que su madre se separó de su padre, y para su sustento trabajaba en casa de familia, no obstante, cuando el causante fue vinculado al Municipio de la Paz Santander hacia agosto de 2006, este se fue a convivir con la demandante, y es por ello que efectuó arreglos en su casa, le instaló baño, tubería, además, asumió los gastos de servicios públicos, mercado y recreación los domingos. Agregó que los otros 7 hijos de la activa no estudiaron y han trabajado en oficios varios, por manera que no tenían la posibilidad de apoyar económicamente a su madre (archivo de audio 18 expediente digital).

Aspecto que fue ratificado de manera inmutable por el testigo ÁLVARO LÓPEZ NAVARRO, quien en calidad de amigo del causante manifestó que este era el hijo que ayudaba a la demandante, dado que él consiguió trabajo en la Alcaldía, además, porque el esposo la había dejado hacia los años 2005 a 2006. Indica que el afiliado fallecido convivía con su mamá y su hermana que era estudiante. Que Leonidas Pardo llevaba a su casa mercado cada 8 días, también ayudaba a su madre con vestido y con viajes al pueblo (archivo de audio 18 expediente digital).

A lo anterior, se suma que, en investigación administrativa efectuada por Colpensiones, militante en el expediente administrativo (Carpeta 10 del expediente digital) se concluyó que:

> «***SI SE ACREDITA*** *el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por* ***Hilda Rosa Riaño de Pardo****, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.*
>
> *De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que la señoora Hilda Rosa Riaño De Pardo depende económicamente de la pensión del causante por las razones de no poder trabajar debido a su edad, el abandono de su esposo hace más de 10 años, No obstante, sus hijos le poco (sic) económicamente a su sustentación, manifestando que no le alcanza.*
>
> *De igual modo se puedo determinar que el causante vivía con la solicitante en la vereda el centro del municipio de La Paz Santander, era el que le ayudaba y aportaba a su sustento económico».*

Es en razón de las anteriores precisiones documentales y declarativas, que se considera la existencia de la dependencia económica reclamada por la norma que gobierna el asunto, reseñando que de las deponencias recaudadas en juicio y la misma investigación administrativa efectuada por la encartada, aluden que la demandante dependían económicamente de su hijo fallecido, lo cual no se desdice por el solo hecho que ella se dedicara a algunos oficios para obtener ingresos, como trabajar en casas de familia, puesto que como se indicó en precedencia, la dependencia económica de los padres para con su hijo no debe ser total y absoluta, máxime que los aportes del causante eran de la mayor relevancia, en tanto estaban encaminados a sufragar alimentación, vestido, recreación y reparaciones locativas de la vivienda de la convocante.

Al abrigo de tal escenario fáctico y probatorio, este Juez Colegiado de segunda instancia considera, igual a lo indicado por el A quo, que

se logra ratificar la dependencia económica de la solicitante respecto de su hijo, quien por ello tiene derecho a la prestación reclamada desde el 7 de diciembre de 2008, fecha del fallecimiento, por 14 mesadas al año, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, y en cuantía de un salario mínimo legal, pues así lo estableció el Juzgado de Conocimiento, y por ello, no está llamado a su modificación en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a Colpensiones, a quien no le asiste razón en su alzada sobre la inexistencia del derecho reclamado.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, por regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Así entonces, como quiera que el fallecimiento del causante acaeció el 7 de diciembre de 2008; que la reclamación fue elevada el 21 de mayo de 2020 (fl. 16 archivo 01 del expediente digital), resuelta de manera definitiva en Resolución DPE 9879 del 17 de julio de 2020 (fls. 28 a 32 archivo 01 del expediente digital) y que la demanda fue formulada el 3 de agosto de 2020 (archivo 3 del expediente digital), diáfano resulta indicar que ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas que se causaron con antelación al 21 de mayo de 2017, razón por la cual, habrá de modificar la decisión opugnada para declarar el medio exceptivo en referencia.

RETROACTIVO PENSIONAL

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, encuentra la Sala que el valor del retroactivo pensional debidamente actualizado a la fecha de esta sentencia, asciende a **$56.424.977**, por lo que se procederá a modificar la decisión en tal suma.

Año	Valor Mesada	No. de Mesadas	Subtotal
2017	$ 737.717	9,333333	$ 6.885.359
2018	$ 781.242	14	$ 10.937.388
2019	$ 828.116	14	$ 11.593.624
2020	$ 877.803	14	$ 12.289.242
2021	$ 908.526	14	$ 12.719.364
2022	$ 1.000.000	2	$ 2.000.000
		Total	$ 56.424.977

INTERESES MORATORIOS

Los mismos están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula «*A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago*», empero dicha obligación no opera automáticamente, pues la Administradora pensional cuenta con 2 meses que corren a partir de la solicitud de reconocimiento prestacional para resolver.

En el caso bajo estudio, se tiene que la demandante solicitó el reconocimiento prestacional el 21 de mayo de 2020 (fl. 16 archivo 01 del expediente digital) por lo que el reconocimiento debió efectuarse a más tardar el 21 de julio de 2020, sin que tal circunstancia haya acaecido. En tal virtud, es procedente reconocer los intereses moratorios como lo hizo el *a quo*, no siendo atendible la oposición que al respecto efectúa Colpensiones, como quiera que para este rubro no se requiere verificar la conducta de la entidad, por tratarse de una

condena de carácter objetivo. No obstante, se procederá a su modificación, dado que los mismos se causan desde el 22 de julio de 2020, y no, como erradamente lo determinó el *a quo*, desde el 21 de julio de 2017.

COSTAS

Se confirma lo resuelto por concepto de costas en primera instancia. En esta instancia costas a cargo de COLPENSIONES dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO del causante LEONIDAS PARDO RIAÑO, a partir del 7 de diciembre de 2008 con un valor de mesada inicial de un (1) SMLMV y por catorce mesadas al año, suma que deber ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito

de Bogotá el 29 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a pagar a la demandante HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO, la suma de cincuenta y seis millones cuatrocientos veinticuatro mil novecientos setenta y siete pesos ($56.424.977), por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 21 de mayo de 2017 al 28 de febrero de 2022, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante HILDA ROSA RIAÑO DE PARDO, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 22 de julio de 2020 y hasta cuando se verifique el pago de las mismas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de mayo de 2017.

QUINTO: COSTAS Se confirma lo resuelto por concepto de costas en primera instancia. En esta instancia costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para 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

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de $600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

39201900751 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JORGE ARSENIO QUINTERO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020*;* se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Belcy Bautista Fonseca**, identificada con cedula de

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

   Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»*

ciudadanía No. 1.020.748.898 de Bogotá y tarjeta profesional 205.907 del C.S. de la J., para que actúe en representación Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JORGE ARSENIO QUINTERO** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. el 25 de julio de 2005, así como que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado es Colpensiones; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todos los valores recibidos por su vinculación; se condene a Colpensiones a registrar y activar su afiliación, al igual que actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS, junto con el pago de los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 4 y 5 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 8 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 2 de marzo de 1957; que cotizó al otrora ISS desde el mes de agosto de 1987 hasta el mes de junio de 2005. Refiere que el 25 de julio de 2005, se trasladó al RAIS a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., sin que dicha sociedad le informara las implicaciones de tal acto jurídico, como tampoco sobre las desventajas de su afiliación, los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional, ni las ventajas de permanecer en el RPM. Que durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad nunca ha recibido asesoría profesional completa y

comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional. Aduce que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses. Que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, había reunido más de 750 semanas de cotización y al 31 de diciembre de 2014, acreditaba más de 1000 semanas y 60 años de edad.

CONTESTACIÓN: La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron impetradas en su contra, aduciendo para el efecto que, la afiliación que se realizó entre el demandante y la sociedad, goza de plena validez ante la ley, por tanto se puede afirmar que el traslado de régimen realizado por JORGE ARSENIO QUINTERO no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo, que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil. Señala que la elección libre y voluntaria del demandante, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2º del decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos. Añade que cuando el actor se afilio a la AFP SKANDIA S.A., tuvo pleno conocimiento de las condiciones de este régimen, no solo por la información brindada por la sociedad, sino por la condición de afiliado al RAIS que tenía la parte actora cuando se trasladó con SKANDIA AFP; calidad y asesoría que le permitió ser consciente de las circunstancias del RAIS, y que deja en evidencia, que la AFP en este caso no se reservó o guardó para sí, ningún dato relevante para la vinculación jurídica del demandante. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica (Archivo 02 carpeta 11 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una

de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna demostrativa que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añade, que en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, y la genérica (Archivo 04 carpeta 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 6 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** que el traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS a través de SKANDIA S.A., con efectividad a partir del 1° de octubre de 2005 es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del RPM; **condenar** a SKANDIA S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar suma por seguros provisionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de la pensión mínima; **condenar** a

Colpensiones que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al RPM y sin solución de continuidad; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **informar** a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones judiciales en contra de SKANDIA S.A., para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz; **condenar** en costas a la AFP SKANDIA S.A. (Archivo 01 carpeta 17 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que el demandante ya superó el límite definido en la ley que le impide efectuar el traslado al RPM. Agrega que no existe prueba que permita constatar la concurrencia de un vicio del consentimiento conforme al artículo 1740 del Código Civil, como el error, la fuerza o el dolo; sumando a ello que debe considerarse la calidad profesional del demandante, quien además, a la fecha del traslado al RAIS era mayor de edad, plenamente capaz para suscribir contratos. Refiere que, si bien la AFP estaba llamada a brindar la información suficiente al accionante, ello no exoneraba a este de concurrir lo suficientemente ilustrado en la escogencia de régimen pensional, puesto que de tal acto dependerían sus expectativas

económicas para acceder a la pensión de vejez, y en general las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el Sistema de Seguridad Social. Aduce que como lo ha indicado la sentencia T-489 de 2010 no se puede permitir la descapitalización del fondo común, a través del regreso de personas que se encuentran a menos de 10 años para concretar su derecho a la pensión, dado que el pago de la prestación desfinanciaría el Sistema. Concluye indicando que no media prueba de un perjuicio causado al demandante de cara al valor de la pensión que le correspondería en cada régimen, y que, en todo caso, el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones debe condicionarse a la devolución de la totalidad de las sumas debidamente indexadas que traslade la AFP, con la debida actualización de los datos del actor.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal aduce que ha expresado bajo la solemnidad del juramento, que no recibió información de manera completa, escrita o verbal, sumando a ello que, la AFP codemandada no hizo un esfuerzo probatorio concreto y de alta contundencia argumentativa conforme la carga de la prueba que le concierne desde el punto de vista legal y jurisprudencial, pues el único documento relacionado con su afiliación al RAIS corresponde al formulario, que no da cuenta de una manifestación libre, voluntaria e informada, como así lo dispone la Corte Suprema de Justicia.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra

dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); además, nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene la fuerza legal de repercutir sobre la eficacia del acto jurídico de traslado, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación. Indica que en el interrogatorio de parte, el actor señaló que no se presentó ninguna coerción para su vinculación al RAIS.

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 4º de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 35 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones

legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JORGE ARSENIO QUINTERO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP OLRD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fls. 29 a 30 archivo 01), historia laboral consolidada emitida por la AFP SKANDIA S.A. (fls. 31 a 34 archivo 01 y archivos 04 y 07 carpeta 11 del expediente digital), derechos de petición elevados ante la AFP SKANDIA y Colpensiones con sus respuestas (fls. 35 a 40 archivo 01 y archivos 08 y 09 carpeta 11 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP SKANDIA S.A. (fl. 41 archivo 01), certificado

de afiliación expedido por la AFP SKANDIA (fl. 42 archivo 01), simulación pensional (fl. 43 archivo 01), historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 57 archivo 03), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta 05 contenida en la carpeta 07 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP SKANDIA S.A. (Archivo 03 carpeta 11 del expediente digital), certificado de ASOFONDOS (Archivo 05 carpeta 11 del expediente digital), historia laboral válida para bono pensional (Archivo 06 carpeta 11 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo 01 carpeta 17 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan*

adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*
>
> *Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

> *«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».*

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

> *«… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».*

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento

de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.° 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.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores

financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.
Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante prestó sus servicios a favor de la Universidad del Tolima desde el 25 de agosto de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1994 (archivo 07 carpeta 11 del expediente digital); además, se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 1º de abril de 2005 hasta el 31 de agosto de símil año, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (carpeta 07 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. el 25 de julio de 2005, conforme se advierte del formulario de afiliación (archivo 03 carpeta 11 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (archivo 03 carpeta 11 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que el asesor de la AFP llamada a la acción le indicó que el ISS desaparecería, y por tal motivo accedió al traslado de régimen pensional. Que desde esa época era administrador de empresas y tenía el cargo de Asistente de Biblioteca en la Universidad para la cual trabajaba. Adujo que no le mencionaron la existencia de una cuenta de ahorro individual, ni los rendimientos financieros, tampoco le efectuaron un comparativo sobre los beneficios de cada régimen, no ha efectuado aportes voluntarios, no le refirieron los requisitos para pensionarse y menos le hablaron de la posibilidad de pensionarse de manera anticipada (Archivo 01 carpeta 17 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta

individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el*

promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(…)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas; devolución que efectivamente debe efectuarse con la debida indexación, atendiendo el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, tal como lo advierte Colpensiones, siendo importante acotar que esta entidad lógicamente solo puede cumplir las órdenes de primer grado hasta tanto reciba los dineros que le remita la AFP llamada a la acción.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 6 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver las comisiones por administración con destino a COLPENSIONES debidamente indexadas, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones en la suma de $600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

39202000208 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ MIGUEL GIRALDO MELÉNDEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintiocho (28) días del mes de febrero del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020[1], 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 **Jennifer Ximena Lugo Rojas** identificada con cedula

---

[1] *«Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se 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»*

de ciudadanía No. 36.311.956 de Neiva y tarjeta profesional 283.299 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Nicolás Eduardo Ramos Ramos**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.469.231 de Bogotá y tarjeta profesional 365.094 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir, por sustitución concedida por la Dra. Jennifer Lorena Molina Mesa.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ MIGUEL GIRALDO MELÉNDEZ** a través de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad o de manera subsidiaria, la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS el 28 de julio de 1998 a través de Porvenir S.A.; como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. trasladarlo junto con sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, al RPM; ordenar a Colpensiones recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el RPM; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (Archivo 02 Carpeta 01 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 16 a 18 archivo 02 Carpeta 01 del expediente digital, que en síntesis indican que el demandante nació el 2 de mayo de 1958, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 62 años de edad y, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 35 años de edad. Que estando afiliado al ISS en el RPMPD se trasladó a la AFP PORVENIR con fecha de efectividad

el 28 de julio de 1998. Afirma que al momento de su traslado a la AFP PORVENIR no fue asesorado o informado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre los dos regímenes pensionales, las prestaciones económicas que recibiría en el RAIS, los beneficios, riesgos o desventajas del RAIS, el monto de capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder adquirir su derecho pensional, el derecho de retracto y sus efectos, tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS y las condiciones requeridas para pensionarse anticipadamente en dicho régimen. Que solicitó a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES el traslado al RPMPD, sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media

con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 1 a 40 archivo 02 carpeta 09 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante es completamente válido, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad del traslado. Además, señaló que cabe recordar que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general y, que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Indica que el demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 1 a 25 archivo 02 carpeta 08 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS con fecha de efectividad del 1º de septiembre de 1998, por intermedio de la AFP COLPATRIA, y en

consecuencia, declarar válida la afiliación al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, las comisiones debidamente indexadas, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima; **condenar** a Colpensiones que reciba los dineros y reactive la afiliación del demandante al RPMPD sin solución de continuidad; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Porvenir S.A., **sin costas** en contra de Colpensiones (Archivo 02 carpeta 18 del expediente digital).

> Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que se debe revisar conforme lo indica la jurisprudencia cada caso en particular. Resalta que el traslado del demandante reviste de validez, pues se cumplieron con todas las obligaciones, se le brindó la asesoría pertinente y se firmó el formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria. Indica que el actor recibió

una reasesoría. Concluyendo que la orden de la falladora de primera instancia de efectuar la devolución de los gastos de administración y comisiones, no es procedente como quiera que fueron descontados conforme lo permite la Ley.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no le es aplicable el precedente jurisprudencial al actor por no ser beneficiario del régimen de transición, ni tener una expectativa legitima. Indicó que el demandante efectuó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas. Solicita se confirme la no imposición de costas en contra de dicha entidad.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo

efectivo para el año 1998, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 2002.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

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 4º de la Ley 712

de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 64 a 76 del archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y frente a la cual, resolvió en forma negativa con escrito del 16 de junio de 2020 (fl. 77 a 80 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JOSÉ MIGUEL GIRALDO MELÉNDEZ al régimen de ahorro individual administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene

actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 4 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y fl. 64 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), derecho de petición ante Porvenir S.A. (fls. 36 a 48 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y fls. 53 a 62 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), respuesta dada por Porvenir S.A. (fls. 49 a 52 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y fls. 71 a 77 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A. (fl. 53 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y fl. 52 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy AFP Porvenir S.A. (fl. 54 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y fl. 78 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir (fls. 55 a 63 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital y fls. 27 a 35 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 64 a 76 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital), respuesta dada por Colpensiones (fls. 77 a 80 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital), solicitud de vinculación al Seguro Social (fl. 81 archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP PORVENIR (fl. 26 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), relación histórica de movimientos de la AFP Porvenir (fls. 36 a 51 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), información para bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 79 a 82 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), consulta de afiliado e historial SIAFP ASOFONDOS (fls. 83 a 85 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), expediente administrativo de Colpensiones (archivo 05 carpeta 09 del

expediente digital) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 01 carpeta 18 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en

providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

> «*Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro*.
>
> *A juicio de esta Sala* ***no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria*** *cuando las personas* ***desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica****; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(…)*
>
> *Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.*
>
> *Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que* ***la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción****.*
>
> *Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

> *«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso,*

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«*… la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«*En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.*

1. ***El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y

servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.° 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.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que

requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información

completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en

los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.
Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de

símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 2 de febrero de 1992 a 30 de marzo de 2001, tal como se advierte de la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 55 a 56 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. el 9 de julio de 1998 (fl. 78 archivo 02 carpeta 08 del expediente digital) y, posteriormente, a la AFP PORVENIR S.A. el 29 de febrero de 1999 (fl. 26 archivo 02 carpeta 08 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 78 archivo 02 carpeta 08 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que llegó un asesor y se

sentó en su cubículo y le dijo que podía pensionarse más joven y con una mejor mesada. Que podía retirar los aportes cuando quisiera. Que la reunión duró aproximadamente 15 minutos. Que le hablaron que iba a recibir unos rendimientos financieros y que sus aportes del RPMPD se iban a trasladar y posterior a ello firmó el formulario de afiliación. (Audio 01 carpeta 18 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante la profesión u oficio de la demandante, ora si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte

que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ MIGUEL GIRALDO MELÉNDEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en la suma de $600.000, para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-