



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JEANNETTE MERCEDES TORRES FLOREZ** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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»



222021000840 01 ²

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Nicolas Ramírez Muñoz**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.463.893 de Bogotá y tarjeta profesional 302.039 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la 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 **JEANNETTE MERCEDES TORRES FLOREZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.. Como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. retornarla al RPM administrado por Colpensiones, junto con los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a Colpensiones recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; se condene a las demandadas a lo que resultare probado *Ultra y Extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 86 archivo 001 del expediente digital).



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 83 a 85 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que estuvo afiliada al ISS desde el 15 de septiembre de 1988 hasta el 31 de mayo de 1994, entidad a la cual aportó 231 semanas de cotización. Afirma que, en el mes de mayo de 1994, cuando laboraba en la Asociación de Confeccionistas de Colombia – ASCONFECCIÓN, su empleador le presentó el nuevo régimen pensional informándole que recibiría unos beneficios, sin recibir una asesoría clara, idónea y oportuna por parte de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. Sostiene que, durante el tiempo que ha estado afiliada a la AFP Porvenir S.A., no ha recibido información de las ventajas y/o desventajas, ni los requisitos que necesita para pensionarse en cada uno de los regímenes, así como tampoco el derecho de retracto que le asistía. 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 al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Así mismo, afirma que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita



inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añade que, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería 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. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebididad (*sic*) 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, innominada o genérica (Fls. 5 a 73 archivo 006 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, al considerar en esencia que, la vinculación de la parte demandante con Horizonte S.A. fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la



Ley 100 de 1993, en el cual se especifican las características del régimen. Por lo tanto, afirma no es procedente declarar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objeto ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del Código Civil, en tanto que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea. Concluye afirmando que no es procedente declarar la ineficacia referida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puesto que esta opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas que ni se alegan, ni se acreditan por parte de la demandante. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 4 a 18 archivo 005 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de enero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, acaecido el 27 de mayo de 1994. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el RPM; **ordenar** a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión



Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones; **declarar** que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos; **ordenar** a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a la demandada Porvenir S.A. (Audio carpeta 014 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 Horizonte, hoy Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, 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 comparte la interpretación que hace el juez respecto el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que este precepto normativo fue creado con el fin de salvaguardar la fidelidad de cotizaciones al sistema de pensiones y en ningún momento extingue o prescribe derechos prestacionales. En adición, considera que la demandante tiene como motivación principal para retornar al RPM incrementar el porcentaje de su mesada pensional, lo cual no se puede tomar como una falta al deber de información, toda vez que para la época del traslado era imposible conocer cuál sería la mesada pensional 20 años después. Añade que, se debe tener en cuenta el papel limitado de Colpensiones en este tipo de procesos, en cuanto a la defensa que sobre la problemática pueda ejercer.

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 esencia que, la ineficacia declarada contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 supone un dolo que no fue alegado ni probado en el transcurso del proceso, toda vez que Porvenir le brindó una alternativa diferente a la actora, quien haciendo uso de la libertad de escogencia, seleccionó dicha AFP para que administre sus aportes pensionales. Sostiene que no existe un documento adicional que pudiesen aportar para determinar que efectivamente la información brindada fue completa, en tanto dichas asesorías se realizaban de forma verbal y no



existía documento alguno donde se emitiera cada uno de los puntos que hoy indica la Corte, restándole valor al formulario de afiliación. Afirma que, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 establece que cuando se manifiesta la voluntad de afiliación debe constar por escrito, de forma libre y voluntaria, tal cual se hizo en el presente caso. En adición, sostiene que, incluso en el interrogatorio de parte, la demandante, indica que fue el empleador quien tomó la decisión, es decir, que quien afectó la afiliación de la demandante no fue Porvenir S.A., acotando que en virtud del artículo 111 de la Ley 100 de 1993, no es posible rechazar la afiliación de ninguna persona que cumpla todos los requisitos para pertenecer al RAIS. Añade que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, norma que fue sometida a control de constitucionalidad en la sentencia C-1024 de 2004, la cual puso de presente un principio de estabilidad financiera en el RAIS. Afirma que, el fallador de primera instancia generó condena por gastos de administración y prima previsional de seguros, sumas que, según el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se deben descontar en un 3% de la cotización, para financiar gastos de administración y pensión de invalidez o sobrevivencia; a más que, los gastos de administración son de tracto sucesivo, por lo que sí aplicaría el fenómeno de la prescripción. Aduce que según concepto de la Superintendencia financiera, en los casos de nulidad e ineficacia, se deben trasladar únicamente los aportes de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima previsional de seguro, en tanto la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la



vigencia de la póliza. Concluye afirmando que tampoco procede la devolución de gastos de administración, puesto que ello generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada 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: Este extremo procesal afirma que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que la señora JENNETTE MERCEDES TORRES FLÓREZ hubiese recibido una asesoría clara, completa, comprensible, idónea y oportuna, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia 4462 de 2019, toda vez que son las Administradoras de Fondos de Pensiones quienes tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o



jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, manifiesta que la aquí actora tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a la AFP sin adolecer de vicio alguno en el consentimiento, además, recibió una asesoría por parte del funcionario de la AFP y tuvo en su debido momento la oportunidad para resolver las posibles dudas que se le



generaran acerca del RAIS. Añade que la demandante, no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, esto es, el retracto, el cual le permite a dejar sin efecto alguno la elección realizada, un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Refiere que en el proceso que nos ocupa, brilla por su ausencia el acervo probatorio mediante el cual la demandante probara siquiera de manera indiciaria, que la suscripción del formulario de afiliación y posterior traslado adoleció del algún vicio del consentimiento, sino que simplemente la parte activa inició el trámite con el fin de aumentar el monto de su 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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 66 a 71 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 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 JEANNETTE MERCEDES TORRES FLOREZ 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, historia laboral consolidada emanada de Porvenir S.A. (fls. 17 a 31 y 49 a 63 archivo 001, fls. 110 a 121 archivo 005 del expediente digital), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 32 a 35 archivo 001 del expediente digital), derecho de petición dirigido a Porvenir y su respectiva respuesta (fls. 36 a 47 archivo 001 del expediente digital), formulario de afiliación ante la AFP Horizonte (fl. 48 archivo 001 y fls. 68 a 69 archivo 005 del expediente digital), derecho de petición dirigido a Colpensiones y su respectiva respuesta (fls. 66 a 74 archivo 001 del expediente digital), simulación pensional (fls. 75 a 77 archivo 001 del expediente digital), certificado de afiliación emanado de Porvenir S.A. (fl. 109 archivo 005 del expediente digital), historia laboral allegada por Colpensiones (archivo 007 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 014 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación



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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

222021000840 01 24

de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este



alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de



haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato»

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde 17 de febrero de 1992 hasta el 31 de mayo de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 32 a 35 archivo 001 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 27 de mayo de 1994 (fl. 48 archivo 001 y fls. 68 a 69 archivo 005 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones (fl. 109 archivo 005 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 Horizonte 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. 48 archivo 001 y fls. 68 a 69 archivo 005 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 *«(...) Esto fue en el año 1994, yo era jefe de prensa de la Asociación de Confeccionistas de Colombia, un gremio de este sector, y el traslado a Porvenir yo no lo solicité, simplemente se nos convocó a una reunión donde el jefe del gremio, el Presidente del gremio y la directora administrativa del gremio nos reunieron a todos los trabajadores en ese momento y nos comunicaron la decisión de pasarnos al fondo privado (...) la directora administrativa del gremio, Patricia Castro, entrega el formulario de Porvenir y lo diligencia conmigo, ella lo va leyendo y lo vamos diligenciando. (...) Yo leía los extractos, pero debo decir que no entendía bien la información, excepto los movimientos de capital que aparecen allí (...) al dinero que aparece allí y que no es siempre el mismo.(...)»* (Archivo de audio 014 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 Colpensiones y Porvenir, 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, de lo cual no puede excusarse la AFP por el hecho que fuera el empleador de la activa quien acompañara el traslado de esta al RAIS, como así lo afirmó en su interrogatorio de parte, pues la administradora debió atender ese deber de información, haciendo las verificaciones a que hubiere lugar para el efecto.

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



entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ



SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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, contrario a lo indicado por Colpensiones.

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, 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 Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 19 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JEANNETTE MERCEDES TORRES FLOREZ** 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 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

222021000840 01 35

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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS ALEJANDRO MARTÍNEZ MORALES** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **LUIS ALEJANDRO MARTÍNEZ MORALES**, a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a partir de las 1.000 semanas de cotización; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la suma que se declare probada por concepto mesadas pensionales causadas desde el 30 de junio de 2014, así como las que se generen con posterioridad a la presentación de la demanda, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5 (Carpeta 01 del expediente digital)).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 carpeta 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que ha laborado y cotizado como Aviador Civil con las empresas Servicio Aéreo de Medellín SAM, Aerolines Centrales de Colombia ACES, Aerorepública, Aerovías de Integración Regional AIRES, LATAM y Regional Airlines en Casablanca Marruecos desde el 13 de junio de 1991 hasta la fecha. Refiere que es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo de las empresas ACES, AEROREPÚBLICA, AIRES y LATAM AIRLINES S.A. Que actualmente cuenta con más de 1.277,37 semanas cotizadas a Colpensiones, superando el mínimo de 700, acotando que se encuentra afiliado a la citada desde el 13 de junio de 1991 a la fecha, en calidad de aviador civil, cuya actividad tiene la calidad de especial por desempeñarla exclusivamente como piloto de aeronaves, además, porque la aviación civil es una actividad de alto riesgo, conforme al artículo 1° del Decreto 2090 de 2003, en tanto implica un riesgo para la vida y una disminución de la vida saludable. Añade que se encuentra cubierto por los Decretos Ley 1282 y 1302 de 1994, en específico el artículo 1° de la última normativa en mención.



Aduce que el 8 de marzo de 2018, solicitó el reconocimiento de la pensión especial de vejez en aplicación de la sentencia C-093 de 2017, la cual le fue negada por la demandada mediante la Resolución SUB 79097 del 23 de marzo de 2018, bajo el argumento que el aviador no realiza actividades de alto riesgo y que el demandante no pertenece al régimen de transición, por lo que su régimen aplicable es la Ley 100 de 1993; decisión que fue confirmada mediante las Resoluciones SUB 11636 del 26 de abril de 2018 y DIR 9560 del 18 de mayo de similar año.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que en el caso objeto de estudio obra certificación expedida por Latam del 28 de noviembre de 2017, en la cual se refiere que el demandante desempeña el cargo de capitán desde el 21 de noviembre de 2008 hasta la fecha, por lo que no es posible determinar que haya desempeñado actividades de alto riesgo, amén que tampoco se evidencian cotizaciones especiales, por lo que no le es aplicable el Decreto 2090 de 2003. Concluye afirmando que no es beneficiario del régimen de transición de que trata el Decreto 1282 de 1994. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica. (folios 142 a 149 carpeta 04 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 19 de enero de 2022, resolvió **absolver** a Colpensiones de todas y



cada una de las pretensiones formuladas por el demandante y **codenar** en costas al actor. (Carpeta 10 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, el demandante no demostró que como aviador civil hubiese estado expuesto a actividades que afectara su salud, en virtud del alegado artículo 1° del Decreto 2090 de 2003, ni tampoco haber estado expuesto de manera particular a radiaciones ionizantes. Acota que los aviadores civiles se encuentran sometidos al régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 o al régimen especial contemplado en el Decreto 1282 de 1994, en el cual se establecen unas reglas diferenciales que tienen semejanzas con el régimen pensional de las actividades de alto riesgo, al prever un retiro anticipado de la actividad laboral. Concluye afirmando que sobre el régimen especial de aviadores civiles, el reconocimiento de las prestaciones allí previstas se encuentran a cargo de ACDAC hoy CAXDAC, de suerte que si la parte activa busca el reconocimiento de este tipo de pensión, debe elevar la correspondiente solicitud a dicha entidad y no a la aquí convocada.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a favor del convocante, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la revocatoria del fallo de primera grado aduciendo para el efecto que hasta el día de hoy el fondo de pensiones exclusivo para los aviadores civiles, CAXDAC



creado mediante Ley 32 de 1961, sigue concediendo pensiones por alto riesgo en la modalidad de pensión transitoria, sin otro requisito que demostrar que se es aviador civil y haber cotizado en compañías de aviación, acotando que jamás se le ha solicitado a ningún aviador civil que prueben el riesgo, pues por expresa remisión Constitucional la carga de la prueba no se le puede invertir a la parte más débil de la relación contractual, en este caso el aviador civil, pues pretender que el trabajador pruebe el alto riesgo es irrazonable, en la medida que él tendría que tener por ejemplo, estudios científicos cuyos costos son inalcanzables para un trabajador, incluso para entidad de gobierno que podría contratarlos. Añade que Por esta y otras razones la Corte Constitucional en la Sentencia C-093 de 2017 dirigió el debate hacia la vigencia en el tiempo de la regulación que protege a los aviadores civiles y a todo trabajador que desarrolle actividades peligrosas, pues esta sentencia es aplicable a los trabajadores de alto riesgo que desarrollen dichas actividades reguladas en la ley.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal indica que en el presente caso obra certificación expedida por LATAM del 28 de noviembre de 2017, donde manifiesta que el demandante desempeña el cargo de Capitán A 320, por lo que no se evidencia, ni fue posible determinar que haya desempeñado actividades de alto riesgo, desde el 21 de noviembre de 2008 hasta la fecha, como tampoco se evidencian las cotizaciones especiales, pues téngase en cuenta que según historia laboral emitida por Colpensiones, cotizó un total de 1371,71 semanas, de las cuales 0,0 semanas están cotizadas como actividades de alto riesgo, por lo tanto, no es aplicable lo contenido en el Decreto 2090 de 2003, como se indicó en sentencia de primera instancia.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la solicitud prestacional elevada ante Colpensiones el 8 de marzo de 2018, folio 75 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 el Juez de Conocimiento, y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el corroborar si el demandante es beneficiario de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, en los términos del artículo 1° del Decreto 2090 de 2003.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – ALTO RIESGO

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., en especial, certificaciones laborales allegadas por el actor (fls. 17 a 25 carpeta 01), certificaciones de afiliación expedidas por la ARL Liberty (fls. 26 a 37 carpeta 01), compilación de los derechos contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo y el Laudo Arbitral suscritos con la empresa LAN COLOMBIA, AIRLINES S.A. y la ASOCIACIÓN



COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES (fls. 38 a 74 carpeta 01), reclamación administrativa (fl. 75 carpeta 01), Resoluciones SUB 79097 del 23 de marzo de 2018, SUB 111636 del 26 de abril de 2018 y DIR 9560 del 18 de mayo de 2018 (fls. 107 a 121 carpeta 01), reporte de semanas cotizadas en pensiones emitida por Colpensiones (fls. 122 a 132 carpeta 01), recurso de reposición y en subsidio apelación formulado por el actor (fl. 92 carpeta 01), y expediente administrativo allegado por Colpensiones (fls. 174 a 588 carpeta 04); probanzas de las cuales se colige, que LUIS ALEJANDRO MARTÍNEZ MORALES nació el 14 de noviembre de 1962 (fl. 222 carpeta 02), contando al 1º de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - con 31 años; asimismo, que ha al otrora Instituto de Seguros Sociales y a Colpensiones desde el 13 de junio de 1991, reportando al 30 de abril de 2021, un total de 1.371,71 semanas (fls. 573 al 586 carpeta 04); además, se ha desempeñado como Capitán A320, Capitán B737, Chequeador de Rutas e Instructor de Rutas en Aerovías de Integración Regional S.A. AIRES S.A.-LATAM ARLINES COLOMBIA S.A, al igual que Capitán de ATR-42 en AIR LINES Casablanca Marruecos y Aspirante a Copiloto en Copa Colombia S.A. (fls. 17 a 25 carpeta 01).

I. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer el señor MARTÍNEZ MORALES actividades de alto riesgo en la prestación personal de sus servicios, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, como así lo refiere en su escrito de demanda, precepto que de manera textual dispone que *«El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo»*.



Normatividad que no puede ser analizada en forma aislada al artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, ya que en este de manera taxativa se estableció que:

«Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes» (resalta de esta instancia)

Ahora, los artículos 3° y 4° de la norma *ejusdem* señalan como pedimentos para acceder a la prestación pensional especial:

«ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda **y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.**

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

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



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

Dando aplicación a las normas en referencia, debe señalar la Sala de manera categórica que una vez analizados los medios de convicción allegados al informativo, en especial las certificaciones laborales en las cuales se informa que el actor se desempeñó como Capitán A320, Capitán B737, Chequeador de Rutas, Instructor de Rutas en Aerovías, Capitán de ATR-42 y Aspirante a Copiloto en distintas aerolíneas (fls. 17 a 25 carpeta 01), no es posible advertir que este haya desempeñado alguna de las actividades referenciadas en el artículo 2° de Decreto 2090 de 2003, como para concluir que su situación pensional debe ser dilucidada conforme a la normatividad *ejusdem*, puesto que ninguna de ellas logra probar tiempos de trabajo en alto riesgo, no siendo suficiente la afirmación de la parte activa en cuanto a que su actividad encaja en la definición de labor de alto riesgo prevista en el artículo 1° del Decreto 2090 de 2003, pues tal análisis no puede desligarse, del subsiguiente artículo 2°, que se *itera*, de manera taxativa enlista las actividades que tienen tal catalogación.

Así las cosas, incumplido el requisito esencial para el otorgamiento pensional, esta Colegiatura no puede corroborar si el demandante cumple con los lineamientos de las disposiciones ya relatadas, al no existir ninguna prueba que de fe del desempeño de actividades de alto riesgo de su parte, como requisito *sine qua non* para la aplicación a su favor del Decreto 2090 de 2003.

Conclusión esta que no sufre ninguna modificación, ni aun tomado en consideración la sentencia mencionada en el *libelo demandatorio*, esto es, la sentencia C-093 de 2017, pues contrario a la interpretación dada por el demandante, en ella, la Corte Constitucional fue clara en referir



sobre el juicio de constitucionalidad allí propuesto respecto del artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, que no se encontraron los elementos fácticos y probatorios que den cuenta de la exposición de los aviadores a niveles de radiación ionizantes que reduzcan su expectativa de vida saludable o que hagan necesario su retiro anticipado de la vida laboral.

Ahora bien, si conforme al hecho noveno de la demanda, debe interpretarse que en realidad lo pretendido por la parte demandante es la aplicación del régimen pensional de los aviadores civiles de que tratan los Decretos 1282 de 1994 y 1302 de simil año, ha de decir la Sala que como con acierto lo refirió el *a quo*, ello resulta improcedente en el presente caso, en la medida que la convocada a juicio no está llamada al reconocimiento de las prestaciones allí previstas, como quiera que en virtud del 7° del Decreto 1282 de 1994, el régimen de transición previsto en el artículo 3° de la normatividad *ejusdem*, así como las pensiones especiales transitorias consagradas en su artículo 6°, serán administradas por la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac-Caxdac, entidad que no fue convocada a las presentes diligencias.

Dimanando en la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 19 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ALEJANDRO MARTÍNEZ MORALES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA PATRICIA VIVAS BECERRA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, 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 veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARTHA PATRICIA VIVAS BECERRA**, solicita se declare la nulidad del traslado efectuada a Protección S.A., al no haber estado precedido con la suficiente información.

Consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el traslado de la demandante a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y a aceptar el traslado; a condenar en costas y agencias en derechos; se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 8 a 9 reversos del expediente, que en síntesis advierten, que, nació el 11 de julio de 1960; que ha cotizado al sistema de seguridad social en pensiones 1.566 semanas; que el 22 de marzo de 2019 solicitó a Protección información respecto a su mesada pensional, recibiendo respuesta el 5 de mayo de 2019; que el 2 de enero de 2000 se trasladó del RPM a Protección; que no se asesoró en debida forma a la demandante; que el 1º de noviembre de 2001 se trasladó de Protección a ING hoy Protección; que en las asesorías brindadas no se tuvo en cuenta las semanas o salario devengado por la afiliada; que el 3 de julio de 2019 se radicó formato CLEBP para legitimar la totalidad de semanas cotizadas; que la mesada pensional es totalmente disímil entre uno y otro régimen; que la promesa de una mejor pensión no fue cumplida por el fondo privado; que existe un vicio del consentimiento al momento del traslado; que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, pero este fue resuelto en forma desfavorable.

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



pretensiones al considerar que, a pesar de no ir encaminadas contra la entidad las pretensiones, ello, generaría un eventual reconocimiento pensional a cargo de la entidad. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones (fl. 64).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado es válido, existente y exento de vicios del consentimiento, al haberse realizado de manera libre y voluntaria. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en 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; innominada o genérica (fl. 87).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 20 de agosto de 2021, resolvió; **declarar** ineficaz el traslado efectuado al RAIS; **condenó** a Protección a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos sin realizar ningún descuento; **condenó** a Colpensiones a aceptar el traslado; **declaró** no probadas las excepciones; **condenó** en costas a Protección.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...Así las cosas, considera este despacho, que si bien es cierto se le brindó cierta información a la demandante, la misma no fue clara, suficiente, oportuna y real respecto a las características propias del régimen de ahorro individual, razón por la cual se debe declarar ineficacia del traslado, efectuada por la demandante, teniendo en cuenta además que tampoco se le puso de presente el reglamento que contuviera los derechos y obligaciones de la demandante respecto al fondo de pensiones, tal y como lo ordena el artículo 15 del Decreto 656 de 1994 y tampoco pues se le informó que a partir de dicha suscripción pasaría a ser una consumidora financiera, razón por la cual tiene ciertas obligaciones respecto al sistema lo cual pues tampoco fue puesto de presente al actora.....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Protección S.A.**, reclama que debe revocarse en forma parcial la sentencia objeto de censura, al estimar que no es posible dar la orden de trasladar los gastos de administración, al ser dicho descuento autorizado por la Ley y haberse sufragado con tales emolumentos seguros ante terceros; que debe operar el fenómeno prescriptivo frente a tales conceptos.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La apoderada de la parte **demandante**, suplica se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, no se encontró acreditado el suministro de la información idónea a la demandante, incumplándose de esta manera los deberes por parte del fondo de pensiones.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, valga precisar que la ineficacia del traslado perseguida en esta jurisdicción no fue objeto de reclamación ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, previo a la radiación de la demanda.

No obstante, lo anterior no tiene vocación suficiente para invalidar las actuaciones hasta ahora surtidas pues, la falta de reclamación administrativa es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

«Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada...” Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.» sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entiende prorrogada la competencia en esta Sala de Decisión, para decidir el conflicto avocado, como en efecto se hará, máxime que la solicitud de



traslado a Colpensiones presentada el 11 de julio de 2019 (fl. 47), no es suficiente para tener como agotado dicho requisito.

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 el reparo invocado por la parte demandada 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 Martha Patricia Vivas Becerra al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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



mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, derecho de petición incoado ante Protección S.A. (fl. 19, 39); respuesta de Protección a derecho de petición (fl. 21, 129); formulario de afiliación a Protección (fl. 27, 99, 131 anverso); liquidación de bono pensional (fl. 28); historia laboral emitida por Protección (fl. 30, 116); certificado de tiempo laborado (fl. 40); solicitud de traslado a Colpensiones (fl. 47); respuesta de Colpensiones frente a pedimento (fl. 48); expediente administrativo e historia laboral emitido por Colpensiones (fl. 72, 79, 133); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 100); reporte de estado de cuentas emitido por Protección (fl. 101); resumen de historia laboral emitido por el Ministerio de Hacienda (fl. 124 anverso y 132).

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del



otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los



consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

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

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

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

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

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

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

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

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



un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a



su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de septiembre de 1979 al 31 de marzo de 1996, tal como se advierte de la historia laboral copiada por Colpensiones (fl. 72 y 79), para luego solicitar su traslado a la AFP Protección S.A., el 15 de diciembre de 1999 (fl. 27 y 99) fondo, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos



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

TEORÍA DEL CASO

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en informar que, *“yo me acuerdo que llegaron a mi oficina o a la regional Cundinamarca, yo trabajo en la regional Cundinamarca del ICBF, llegaron como unos 15 asesores y se metieron como de a dos, de a tres en las oficinas y a mí me cogió, me cogieron dos asesores y me dijeron, me hablaron ese día, yo les dije que no, ellos siguieron viniendo al otro día, esa semana vinieron todos los días, yo les había dicho que no y ellos volvieron a los 15 días y me dijeron doña Martha es que usted le conviene, a usted le sirve por su edad, por su tiempo, por todo, además yo estaba afiliada en el Seguro Social y me dijeron que el Seguro Social se iba a acabar y ellos pues como, me, yo, y que iba a tener una buena mesada, que iba a estar súper, superior y que iba a estar mejor cuando eso es mentira, entonces yo les dije que bueno pero así como indecisa y ellos cogieron y me llenaron el formulario y todo, se lo llevaron y a los 8 días, llenaron ellos el formulario yo no lo firme y a los 8 días volvieron y me lo hicieron firmar y yo lo firme y así pues con mentiras yo siento que me dijeron muchas mentiras porque yo ahora averigüe y no es verdad muchas cosas que me dijeron”*.



En lo tocante a los beneficios ofrecidos por el asesor de Protección, indicó que este le había hablado “... *yo iba a tener una mesada, ósea mi pensión más que el mínimo, cuando eso es mentira, me dijeron que iba a tener dos primas, me dijeron que incluso también podía pedir toda la plata si yo quería, me dijeron que iba a ser vitalicia cuando no es vitalicia, esas cosas me dijeron y yo comprobé ahora y todo es mentira...*”.

Respecto a la apertura de una cuenta de ahorro individual a su nombre indicó que el asesor no le informó de tal situación, así como tampoco de la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, ni que debía contar con un capital mínimo para tener derecho al reconocimiento prestacional, aunque si le hicieron alusión a la posibilidad de que sus hijos heredaran los aportes que tenía acumulados y de retirar sus aportes, aunque no le informaron en qué casos específicos podía realizar la diligencia.

En lo tocante al formulario de afiliación, informó que este había sido diligenciado por el asesor de Protección, que ella lo leyó y contenía sus datos personales y aunque no fue presionada o coaccionada para suscribirlo, si sintió presión por parte de los asesores para realizar tal trámite.

Comparte esta Sala los argumentos esgrimidos respecto a la confusión y, por ende, no aclaración por parte del fondo de pensiones respecto a la figura del bono pensional, dado que, en el interrogatorio de parte, la actora, confunde tal figura con la mesada pensional.

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de Protección S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas 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 cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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



En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de gastos de administración, 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.

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 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 Protección a favor de la demandante, Martha Patricia Vivas Becerra, 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

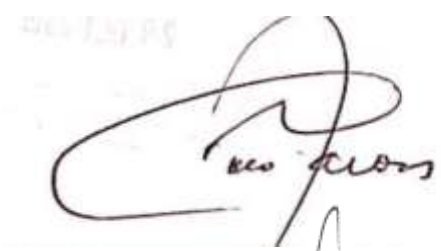
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 20 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA PATRICIA VIVAS BECERRA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PROTECCIÓN**.

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

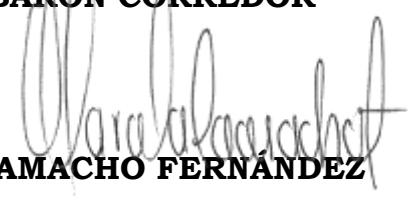
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección y a favor de la demandante, Martha Patricia Vivas Becerra, en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000).

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a horizontal line.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DORA NANCY PARRA MELO** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a

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

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 **DORA NANCY PARRA MELO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de Porvenir S.A. en el mes de febrero de 1999, por omisión en el deber de información. Como consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir a trasladar sus aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones, como si nunca hubiere ocurrido el traslado al RAIS, así como anular la pensión de vejez que le otorgó; ordenar a Colpensiones aceptar su traslado al RPM y otorgarle la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003, junto con el pago de la diferencia entre el valor reconocido por Porvenir S.A. y el que le llegue a conceder Colpensiones, desde la causación de la prestación; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita* costas y agencias en derecho (fls. 2 y 3 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12 de diciembre de 1960, motivo por el cual cuenta con 59 años. Que se afilió al otrora ISS desde el 19 de julio de 1982. Refiere que en el mes de febrero de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. sin recibir ninguna asesoría y convencida que su decisión no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional, pues no se le explicaron las consecuencias de dicho traslado, ni se le hizo un comparativo sobre los montos de pensión que obtendría en cada uno de los regímenes pensionales. Añade que antes de cumplir los 47 años, no recibió por parte de la AFP convocada asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar al RPM, por manera que quedó inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Indica que cotizó un total de 1.649 semanas hasta el mes de junio de 2017, y que ante la imposibilidad de retronar al RPM, se vio forzada a solicitar a la AFP Porvenir el reconocimiento de la pensión de vejez, misma que le fue reconocida desde el 7 de enero de 2018, en la modalidad de retiro programado, en cuantía inicial de \$1.833.123, viéndose en la necesidad seguir trabajando, ya que tal monto no es suficiente para satisfacer su congrua subsistencia y la de su familia. Aduce que se presenta una diferencia en el monto pensional que recibiría en el RPM, y que solicitó ante la Colpensiones la nulidad de su afiliación al RAIS junto con el reconocimiento de la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a las pretensiones invocadas en su contra al considerar en esencia que, el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado efectuado por la demandante se encuentra ajustado al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además, el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4° expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional y finalmente, 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 de acuerdo al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (Fls. 2 a 13 archivo 009 del expediente).

Mediante auto del 17 de noviembre de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Archivo 13 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 9 de febrero de 2022, resolvió **absolver** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas por la activa en su escrito de demanda y **condenar** a esta en costas (Archivo de audio 015 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia en su reciente jurisprudencia, cuando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el interesado ostenta la calidad de pensionado, no es procedente acceder a la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, porque se trata de una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídicos e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. Concluyendo en la improcedencia de las pretensiones, dado que la activa se encuentra pensionada desde el año 2018, y tampoco es posible reconocer perjuicios a favor de esta, en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, dado que en el juicio no se debatieron los hechos que los sustentan, no concurriendo los presupuestos para el efecto.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la convocante, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** persigue la confirmación de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que



analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 55 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, 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 DORA NANCY PARRA MELO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP 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 de la accionante (fl. 34 archivo 01); reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 35 a 40 archivo 01), historia laboral consolidada emitida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 41 a 46 archivo 01), reconocimiento pensional efectuado por la AFP Porvenir (fls. 47 a 54 archivo 01), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 55 a 57), estimación de la mesada pensional y hoja de vida actuario (fls. 60 a 72 archivo 001), expediente administrativo (carpeta 010), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 014).

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

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



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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 19 de julio de 1982 hasta el 30 de noviembre de 1998, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Carpeta 010 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. haciendo su primera cotización en febrero de 1999, tal como se constata de la historia laboral expedida por la citada (fl. 43 archivo 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente vinculada en calidad de pensionada, misma que adquirió el 7 de enero de 2018, como da cuenta la certificación visible a folio 59 archivo 001 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 S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación, el cual no fue arrimado a las diligencias.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, además que no se ha acercado a Colpensiones a recibir algún tipo de información, tampoco ha recibido asesoría sobre la última fecha en la que podía retornar al RPM y que es pensionada desde enero de 2018. (Audio 14 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 que se traduce en una falta a su deber de información, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas, circunstancia que en principio decantaría en la ineficacia de tal acto jurídico.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

[1: SL1688-2019, SL3464-2019]

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

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

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

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

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

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

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

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

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

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

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

Postura que, viene siendo asumida recientemente por esta Sala de Decisión, dado que la providencia citada, emitida por la Sala Laboral de la CSJ, cambia totalmente el panorama frente al reconocimiento



actual, en la medida en que interpreta y limita el alcance que se le debe dar al derecho de información de quienes solicitan su declaración; criterio respecto del cual no se aparta esta Corporación, no solo por su carácter vinculante, debido a que dicha autoridad es la llamada a unificar la jurisprudencia nacional de esta jurisdicción especialísima, sino además, por cuanto responde a un problema jurídico que no había sido tratado en su jurisprudencia, y al ser analizada en términos de fuerza vinculante, no discrepa esta Sala.

Puestas así las cosas, como la demandante viene disfrutando de pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado desde el 7 de enero de 2018, misma que le fue reconocida por Porvenir S.A. según se certifica en las diligencias y ella misma lo aceptó en su interrogatorio de parte, resulta inoperante la pretendida declaratoria de ineficacia del traslado al tener consolidado su derecho pensional.

Dimanando en la confirmación del fallo consultado.

COSTAS

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



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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 9 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DORA NANCY PARRA MELO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HUGO ARMANDO URIZA MESA** CONTRA **JOSÉ MANUEL MENDIVELSON Y GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **HUGO ARMANDO URIZA MESA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con el señor **JOSÉ MANUEL MENDIVELSON ROMERO** desde el 10 de marzo de 2015 hasta el mes de febrero de 2017, el cual terminó sin justa causa por decisión del empleador; al igual que **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** es responsable solidario de las obligaciones patronales derivadas de tal nexo laboral. Como consencuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las prestaciones sociales adeudadas y vacaciones, junto con la indemnización por falta de consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria o los intereses de mora, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, folios 3 a 4 y 52 a 53 archivo 01 del expediente digital.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 5 y 53 a 54 archivo 01 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 10 de marzo de 2015 celebró un contrato de trabajo verbal a término indefinido con el señor José Manuel Mendivelson Romero, para prestar sus servicios en la bodega de Postobón Sevillana de propiedad de Gaseosas Posada Tobón S.A. y en la zona sur de la ciudad entre los sectores de Alfonso López, Usme y Chuniza. Que sus funciones consistían en hacer cargue y descargue del producto transportado en el camión y hacer entrega del mismo en las tiendas de las zonas mencionadas. Que en el mes de septiembre de 2015 sufrió un accidente de tránsito cuando se movilizaba en motocicleta mientras se desplazaba hacia su trabajo, el cual le generó fracturas en el húmero, radio y cúbito de su brazo derecho y diversas incapacidades por el período de 17 meses, mismas que fueron pagadas de manera



impuntual por su empleador. Que el dador del laborío nunca le efectuó pagos por concepto de prestaciones sociales y el mes de febrero de 2017, le dio por terminado el vínculo laboral, por causa de las secuelas que le generó el accidente de tránsito.

La demandada **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo en síntesis que, con el demandante no ha existido contrato de trabajo verbal ni escrito y tampoco ha surgido relación laboral o comercial con el señor José Manuel Mendivelson Romero. Acota que no tiene bodega, ni instalaciones de su propiedad en la Sevillana. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, falta de legitimidad en la causa por pasiva e inexistencia de solidaridad (fls. 55 a 62 archivo 01 del expediente digital).

Mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2019, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte del señor **JOSÉ MANUEL MENDIVELSON ROMERO**, quien se encuentra representado por *curador ad litem* (fls. 142 a 143 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 28 de febrero de 2022, resolvió **declarar** que entre el demandante y el señor José Manuel Mendivelson Romero existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de marzo de 2015 y el 28 de febrero de 2017, con una asignación mensual de \$1.200.000, el cual terminó sin justa causa; **condenar** al señor José Manuel Mendivelson Romero a pagar a favor del demandante \$2.546.120 por cesantías,



\$262.20 por intereses a las cesantías, \$2.546.120 por prima de servicios, \$1.196.667 por vacaciones, \$1.975.200 por indemnización por despido sin justa causa, \$28.800.000 por indemnización moratoria, \$14.960.000 por sanción por falta de consignación de cesantías; **absolver** al señor José Manuel Mendivelson Romero de las demás pretensiones invocadas en su contra; **declarar** que la sociedad Gaseosas Posada Tobón S.A. es solidariamente responsable de las condenas impuestas al señor José Manuel Mendivelson Romero; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por Gaseosas Posada Tobón S.A.; **condenar** en costas a los demandados (Archivo de audio carpeta 05 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, conforme a certificación laboral allegada a las diligencias expedida por el señor José Manuel Mendivelson como propietario de la distribuidora a su nombre, es posible concluir que este sostuvo una relación de carácter laboral con el actor desde el 10 de marzo de 2015, misma que no fue desvirtuada por el demandado, quien estuvo representado a través de *curador ad litem*. Agrega que la relación laboral se extendió hasta el mes de febrero de 2017, pues aunque se observan cotizaciones por el señor Mendivelson a favor del actor hasta mayo de la misma anualidad, lo cierto es que en el *libelo demandatorio* se afirmó que esta finiquitó en la primera fecha en mención, por decisión unilateral del empleador, lo cual encuentra soporte también en lo afirmado por los testigos que comparecieron en el proceso. Indica que el objeto social de la empresa Gaseosas Posada Tobón S.A. consiste en la producción, importación, envase y distribución por medios propios o ajenos, en el país o en el exterior, de bebidas, gaseosas, agua, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, siendo claro que lo realizado por la distribuidora del demandado Mendivelson en cuanto a la distribución del producto hace parte del giro ordinario de los negocios de la sociedad citada, y como quiera que de la testimonial es posible advertir que el señor José Manuel era contratista de Postobón, es palmaria la existencia de una responsabilidad solidaria por parte de la empresa.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** interpuso recurso de alzada contra la anterior



determinación aduciendo como motivos de reparo que “(...) como bien se ha dicho, la prueba que se presenta en el proceso es una documental, no demuestra ninguna relación que existiera entre Gaseosas Posada Tobón y Hugo Armando Uriza mesa, no existe prueba de que haya una relación de tipo laboral que se haya tenido, un contrato ya sea verbal o por escrito, igualmente no existe prueba de ninguna relación que exista comercial entre la distribuidora José Manuel Mendivelson Romero y Gaseosas Posada Tobón, en razón a ello vemos que no existe ninguna relación, por tanto no se podría predicar la solidaridad de parte de la distribuidora José Manuel Mendivelson Romero con Gaseosas Posada Tobón. Si bien es cierto que existen algunos testimonios que nos hablan indistintamente de Gaseosas Posada Tobón, vemos que en la cámara de comercio Gaseosas Posada Tobón ni siquiera tiene domicilio en Bogotá, su domicilio es en Medellín y no existe ninguna dependencia, ninguna agencia, así sea filial de Postobón en la ciudad de Bogotá; así mismo los testigos tienen confusión frente a si realmente existía una relación, no saben realmente, ellos no podrían definir si existía o no una relación comercial entre el demandado José Manuel Mendivelson Romero y Gaseosas Posada Tobón, todo lo contrario, como bien lo afirmó el despacho no cabe ninguna duda de que efectivamente el señor José Manuel Mendivelson Romero como representante legal de su distribuidora fue quien contrató directamente al señor Hugo Armando Uriza y quien se define como su verdadero empleador y debe asumir en la totalidad la responsabilidad frente a las condenas que fueron dadas por el despacho, creo que no se dan los presupuestos para poder declarar una posible solidaridad entre esta distribuidora José Manuel Mendivelson Romero y Gaseosas Posada Tobón (...).”

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 relación comercial entre José Manuel Mendivelson Romero se encuentra



demostrada a través de la prueba testimonial recaudada. Acota que José Manuel Mendivelson Romero empleó vehículos que eran suministrados a él en la fábrica de gaseosas que lleva los logos de Postobón y está ubicada en el sector de La Sevillana de Bogotá, los cuales eran cargados con productos de la marca Postobón (gaseosas y agua); la ruta se hacía conforme a las ventas de agentes de Postobón y no de José Manuel Mendivelson Romero, además, a lo largo de los recorridos Hugo Armando Uriza y sus compañeros de trabajo debían descargar los productos para cada comprador (tiendas o depósitos), recolectar el dinero, cargar el envase retornado y volver junto con el dinero y el envase o producto devuelto a la planta de La Sevillana, donde entregaban lo recaudado en cajeros de Postobón. Agrega que el objeto social de la sociedad demandada permite entender que las conclusiones a las que llegó el despacho son interpretaciones válidas del material probatorio y las alegaciones de la demanda, estableciendo que aunque el empleador que contrató a Hugo Armando Uriza fue José Manuel Mendivelson, con base en lo establecido por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, existe solidaridad entre este y el contratante, debido a la intrínseca relación con el objeto social de la demandada Postobón S.A.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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



extremo pasivo, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si se configuran los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Hugo Armando Uriza Meza y el señor José Manuel Mendivelson Romero, el cual se ejecutó desde el 10 de marzo de 2015 hasta el 28 de febrero de 2017, al ser terminado de manera unilateral y sin justa causa por el dador del laborío, cuando el actor devengaba como salario la suma de \$1.200.000, pues así fue declarado por el Juzgado de Conocimiento, de manera que al no ser debatida tal decisión por los sujetos procesales, quienes no presentaron oposición a través del recurso de apelación, la misma debe permanecer incólume, por no tener la Sala de Decisión competencia para hacer alguna consideración adicional o diferente sobre tales aspectos.

Razón por la cual, se limitará esta segunda instancia a analizar la solidaridad pretendida, como la misma empresa Gaseosas Posada Tobón S.A. lo reclama en la alzada, bajo los lineamientos del artículo 34 del CST, dejando claro que conforme a los puntos de apelación propuestos, se *itera*, no media reparo con el nexo laboral en referencia.

DE LA SOLIDARIDAD

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza los medios de convicción obrantes en el

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



expediente digital, bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, certificación laboral emitida por el señor José Manuel Mendivelson Romero (fl. 7 archivo 01), Registro Único de Afiliados a la Protección Social RUAF (fls. 8 a 10 archivo 01), historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (fl. 11 archivo 01), interrogatorio de parte rendido por el demandante y declaraciones rendidas por los testigos Elías Cárdenas Mateus y Ludwing José Cárdenas Oviedo (carpeta 03).

Aclarado lo anterior, juzga conveniente resaltar esta Corporación que el régimen legal aplicable al estudio del *petitum*, no es otro diferente al artículo 34 compendio sustantivo laboral, que en su tenor literal dispone:

«ART. 34. Subrogado. D.L. 2351/65, ART. 3°. Contratistas independientes.

1. *Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista** por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
2. *El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas»* (acentúa la Sala)

Para los fines del artículo *ejusdem*, debe señalarse que conforme lo indica esta disposición, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución,



pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

Precepto modulado e interpretado por la H. Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente cuando se constata una identidad tajante con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe deducir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y, respecto de los cuales, se encontrara en capacidad de desarrollarlas. Determinaciones fundadas, entre otras, en la sentencia del 21 de septiembre de 2010 rad. 34893 y rad. 37297 del 2 de octubre de 2013 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al enseñar:

*«(...) al momento de establecer la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, pues **lo que interesa** para el efecto **no es que los objetos sociales o actividades comerciales** del contratista independiente y del beneficiario de la labor sean similares, **sino que lo que importa es la conexidad que exista entre las labores desarrolladas por uno y otro**»* (Resalta fuera de texto)

Sobre este particular aspecto ha decantado igualmente que, para que esta solidaridad se presente, a más de que la acción desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere la ejecución por el trabajador reclamante, de una actividad específica enmarcada en el contrato a desplegar. Respecto a tal hermenéutica, esa Alta Corte sostuvo en proveído rad. 40135 de 24 de agosto de 2011, que:

«Para resolver el cargo baste recordar lo que sobre la solidaridad prevista por el artículo [34](#) del CST ha dicho la Corte:



‘Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.

(...)

Pero la Corte también ha entendido que **la labor específicamente desarrollada por el trabajador es un elemento que puede tenerse en cuenta al momento de establecer la solidaridad laboral** del artículo 34 del estatuto sustantivo laboral, en la medida en que **es dable considerar que si esa actividad no es ajena a la del beneficiario o dueño de la obra y se ha adelantado por razón de un contrato de trabajo celebrado con un contratista independiente, militan razones jurídicas para que ese beneficiario o dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones laborales** que surgen respecto de ese trabajador, en cuanto se ha beneficiado de un trabajo subordinado que, en realidad, no es ajeno a su actividad económica principal.

(...)

Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. **Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado**» (Resalta fuera de texto)

En virtud de lo hasta aquí analizado, descende este Juez Colegiado a determinar si se cumplen los parámetros normativos para ratificar o no la responsabilidad solidaria, no sin antes indicar que el reparo formulado por Gaseosas Posada Tobón S.A., se circunscribe a la falta de demostración de un vínculo comercial de la citada con el empleador del actor, esto es, el señor José Manuel Mendivelson Romero.



Bajo tal egida, se halla que en el diligenciamiento las únicas pruebas que informan sobre tales circunstancias son las testimoniales rendidas por los señores Elías Cárdenas Mateus y Ludwing José Cárdenas Oviedo (Carpeta 05 del expediente digital).

Así se tiene que, el señor Elías Cárdenas Mateus indicó que conoció al demandante y al señor José Manuel Mendivelson Romero laborando para Postobón ubicada en la autopista sur en la Sevillana. Que el actor era ayudante de camión, cargaba los productos, entregaba los pedidos a los clientes, recibía el dinero y luego lo entregaba a la empresa. Que la parte activa siempre ha hecho lo mismo desde el 2015 y todavía está prestando sus servicios. Que la remuneración se pagaba diario en valor que dependía de la carga. Que el demandante trabajaba inicialmente en la distribuidora de Manuel entregando productos de Postobón y después que vencieron sus incapacidades lo despidieron, ingresando a laborar por medio de otra distribuidora. Agrega que el camión se cargaba en Postobón, acotando que dicho vehículo no era propiedad de José Manuel Mendivelson, pues ningún camión pertenece a los contratistas, sino a la empresa. Que el demandante tenía uniformes con logos de Postobón y eran comprados por él. Que el señor José Manuel Mendivelson era el jefe y pagador del demandante; además, los permisos debían ser pedidos al dueño de la distribuidora, que era el titular de la zona.

Por su parte, el señor Ludwing José Cárdenas Oviedo, indicó que conoce al actor porque este trabaja o trabajaba en Postobón, en donde también labora el testigo. Que el jefe del actor era Manuel, quien tiene ruta en Postobón, acotando que el señor Uriza Mesa era ayudante y se le pagaba un salario variable diario. Adujo que el demandante entregaba pedidos de gaseosas, jugos, agua de tienda y tienda, únicamente de Postobón, los cuales eran recogidos en una sede ubicada en la Sevillana. Que los carros los da Postobón en alquiler a



los titulares de la ruta. Que los carros eran cargados por Postobón y el distribuidor solo se encargaba de entregar el producto. Que el demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con Manuel y este a su vez era personal de la empresa de Postobón, acotando que es el titular de la ruta quien debe vincular al ayudante.

De las declaraciones en referencia, constata la Sala que, contrario a lo indicado en la alzada, se encuentra demostrado el vínculo existente entre el señor José Manuel Mendivelson Romero y Postobón, que conforme al certificado de existencia y representación legal, también se denomina Gaseosas Posada Tobón S.A. (fl. 7 archivo 01), en virtud del cual la persona natural en referencia llevó a cabo las labores de distribución de sus productos con los camiones de propiedad de la citada sociedad, pues ambos testigos así lo refirieron, siendo además claros en indicar que fue el señor José Manuel quien contrató al demandante como trabajador suyo, de suerte que no puede la Sala concluir algo diferente a su condición de contratista independiente, como quiera que esta figura es la que permite la contratación de un ayudante como el actor, para participar en el proceso de distribución al que se dedicaba el señor Mendivelson Romero.

Además, nótese que el testigo Elías Cárdenas Mateus, fue claro en señalar que el señor José Manuel Mendivelson no era propietario del camión con el que se distribuía los productos de Postobón, porque los contratistas no eran dueños de los mismos, sino la citada sociedad, ubicando al codemandado José Manuel en el papel de contratista.

De esta manera, al dedicarse el empleador del actor a la actividad de distribución de los productos de Gaseosas Posada Tobón S.A. como contratista independiente, es claro que dicha empresa es responsable solidaria de las acreencias que el dador del laborío debe reconocer al demandante, en la medida que tal distribución hace parte del objeto



social de la sociedad, como da cuenta el certificado de existencia y presentación legal, específicamente en el legajo visible a folio 13 archivo 01 del expediente digital.

Y más aún, cuando como da cuenta la testimonial recaudada, el actor participó en esa labor como ayudante, siendo él quien asumió, la entrega de los productos a los clientes de la sociedad.

Lo dicho no se encuentra infirmado por la consideración de la demandada, en relación a que su domicilio se encuentra en la ciudad de Medellín, en la medida que los testigos, que no fueron tachados, anotaron de manera clara y unánime que la empresa tiene una sede de distribución en la ciudad de Bogotá ubicada en la zona la Sevillana.

Por tanto, no puede más la Sala que confirmar la condena impuesta en la sentencia impugnada sobre la mentada empresa, pues no se presenta en este asunto, la excepción prevista en el artículo 34 CST a la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, esto es, que la actividad desempeñada por el actor sea ajena o extraña a las funciones propias y normales del beneficiario; antes bien, desplegó labores que eran propias de su objeto social, como con acierto lo concluyó la falladora de primer grado.

COSTAS

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada Gaseosas Posada Tobón S.A.

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



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 28 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HUGO ARMANDO URIZA MESA** contra **JOSÉ MANUEL MENDIVELSON** y **GASEOSAS POSADA TOBÓN 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 estarán a cargo de la parte de la parte demandada Gaseosas Posada Tobón S.A.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la sociedad demandada Gaseosas Posada Tobón S.A. 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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HERNANDO FORERO GARZÓN** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, 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 dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con C.C. No. 1.070.018.966 de Cajicá y portador de la T.

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»



P. No. 373.906 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: El señor HERNANDO FORERO GARZÓN, solicita se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado efectuado a Porvenir por faltar al deber de información; que se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado; que se ordene a Porvenir devolver las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, recibidos por concepto de afiliación del demandante; que en caso de haberse reconocido pensión al demandante, se condene a Porvenir a seguir pagando la pensión al demandante hasta tanto sean trasladados los aportes a Colpensiones; que se condene al pago de costas y agencias en derecho y derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 6 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1° de junio de 1978; que se trasladó a Porvenir el 23 de enero de 2001; que no le fue suministrada información completa al momento de su traslado; que no le fueron realizadas proyecciones, cálculos, comparaciones, ni la edad hasta la que debía cotizar; que solicitó ante Porvenir copia de los documentos firmados al momento de su traslado de régimen; que solicitó la nulidad



de su traslado, pero esta fue resuelta en forma desfavorable; que la mesada pensional entre uno y otro régimen es totalmente disímil.

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 suscripción del formulario de afiliación fue libre y espontánea, precedida de la debida información. 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 09 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, el traslado realizado por el demandante fue libre y voluntario, sin que se pudiera brindar información certera y precisa como lo solicita el actor. Como medios **exceptivos** propuso los de, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada o genérica (Archivo 10 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2° de marzo de 2022, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir y consecuencia de ello, **declarar** que el actor nunca se trasladó



de régimen; **ordenó** a Porvenir devolver los valores pagados ante Porvenir; **ordenó** a Colpensiones recibir los valores remitidos por Porvenir; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En este caso pues como ya señalamos se aportaron las historias pensionales del señor, demandante, se aportó el formulario de afiliación, sin embargo pues, no existe otra prueba que permita al juzgado tener certeza que se cumplió con ese deber de información y pues por demás, en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante pues no se logra confesión alguna respecto de que se hubiese cumplido con ese deber como quiera que, el demandante pues no confiesa que se le haya ilustrado puntualmente sobre todas y cada una de las características inherentes al régimen de ahorro individual y mucho menos que se hubiese ilustrado sobre las características del régimen de prima media con prestación definida. Por otra parte, lo que señala es la crisis en que se encontraba el instituto de seguros sociales y todo lo que se veía a través de los medios de comunicación y cómo esa información es la que lo motiva a trasladarse de régimen pensional....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colpensiones**, reclama que la sentencia debe ser adicionada, en lo tocante a ordenarse la devolución de los gastos de administración por parte de Porvenir a favor de la entidad y con ello, actualizarse la historia laboral 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:

El apoderado de **Porvenir S.A.**, informa que, a pesar de que la entidad no apeló la sentencia objeto de estudio, se debe revocar parcialmente el fallo, al no acreditarse los presupuestos para declarar la nulidad de



traslado de régimen, al haberse efectuado el movimiento en forma voluntaria y libre de acuerdo a la información registrada en el formulario de afiliación; que se deben aplicar las normas existentes para la época del traslado; que a pesar de que el demandante pudo retornar al RPM decidió continuar en el RAIS; en caso de confirmarse la sentencia, solicita se absuelva a la entidad de las pretensiones en su contra, al encontrarse acreditada la falta de legitimación por pasiva. Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 176 del “archivo 01” del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 3 de marzo de 2021.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por 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 Hernando Forero Garzón 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, reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 52 archivo 01 y fl. 4 del archivo 07 del expediente digital); derecho de petición incoado ante Porvenir y Colpensiones (fl. 64, 176, 181 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Porvenir y Colpensiones a petición (fl. 65, 177,



182 archivo 01 y fl. 86 del archivo 09 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitidas por Porvenir (fl. 66 archivo 01 del expediente digital); informe de movimientos con rendimientos emitido por Porvenir (fl. 79 archivo 01 y fl. 48, 116 y 178 del archivo 09 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 121 del archivo 01 y fl. 153 del archivo 09 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 159 archivo 01 y fls. 33 y 115 del archivo 09 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 160 archivo 01 y fl. 112 y 209 del archivo 09 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda (fl. 162 del archivo 01 y fl. 102 y 212 del archivo 09 del expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 172 archivo 01 del expediente digital y fls. 32 y 101 del archivo 09); redención de bono pensional (fl. 174 archivo 01 del expediente digital); guía de autoservicio para clientes de Porvenir (fl. 186 del archivo 01 y fl. 90 del archivo 09 del expediente digital); copia de la cédula del demandante (fl. 192 archivo 01 del expediente digital); resolución emitida por la Superintendencia Financiera (fl. 199 archivo 01 del expediente digital); recortes de periódico (fl. 278 archivo 01 del expediente digital); análisis comparativo efectuado por calculista actuarial contratado por la parte demandante y hoja de vida de este (fl. 309 archivo 01 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 34 y 197 del archivo 09 del expediente digital); expediente administrativo aportado por Colpensiones (archivo 8 y 12 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de



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

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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles



en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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



1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba***



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro



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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de junio de 1978 al 31 de enero de 2000, tal como se advierte de la historia laboral acopiada por la parte actora y Colpensiones (fl. 52 y 20 de los archivos 01 y 10 del expediente digital), para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., en enero de 2001 (fl. 172 y 32 de los archivos 01 y 09 del expediente digital), 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 ser reiterativo en informar



que, *“yo estaba en la academia, yo estaba dictando mi clase y en la inter clase pues fui a mi oficina y como es un pool de oficina donde estamos todos los docentes a la entrada había un par de mesas y algunos funcionarios ahí nos dijeron que estaban en el proceso del cambio de fondo de pensiones, por esos días en los medios se hablaba mucho de la crisis del Seguro Social y pues no, yo vi ahí varios profesores que estaban sentados haciendo como el proceso, y pues, nada, me pidieron mis datos, yo los di y me fui para mi otra clase, firmé por supuesto y me fui para mi siguiente clase y ya ese fue el proceso”* que el asesoramiento duró solo 10 o 15 minutos, pero fue, solamente por el tiempo que, *“se demoraron en llenar el formato...”*.

Durante el interregno de tiempo que duró la asesoría, no le brindaron información, máxime que, en los medios de comunicación en donde se anunciaba que, *“el Seguro Social se iba a quebrar, que los fondos del seguro estaban mal manejados y pues nada, llego yo a la oficina y encuentro la oficina del fondo y pues nada, se dio como la oportunidad y simplemente llenamos el formato y lo firmé y ya”*.

Agregó que, intentó en varias oportunidades retornar al RPM, sin embargo, los pedimentos fueron resueltos en forma desfavorable, alegándose que, había fenecido el plazo para realizar dicho trámite y no al no realizarlo debía permanecer en Porvenir S.A..

Adicionalmente, informó que, recibía los extractos de su cuenta de ahorro individual, pero no recibió información respecto al límite temporal que tenía para retornar al RPM, ni le hablaron de bono pensional.

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 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, 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 a pesar de que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante, no se indicó ni ordenó la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual ejerció oposición el apoderado de Colpensiones, al considerar que, una consecuencia de la declaratoria de ineficacia es ordenar la devolución de tales emolumentos.



Para resolver tal disyuntiva, 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, le asiste razón al apoderado de Colpensiones al censurar el silencio frente a los gastos de administración, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

Así las cosas, se adicionará el numeral segundo de la sentencia objeto de reproche, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., a devolver junto con los valores recibidos durante la afiliación de la demandante, los gastos de administración generados durante dicho interregno de tiempo, acorde a lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron



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

(...)

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

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 no se impondrá condena en costas 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: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública en audiencia celebrada el 2 de marzo de 2022, dentro del proceso



ordinario laboral adelantado por **HERNANDO FORERO GARZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y otros, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, los gastos de administración generados durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad.

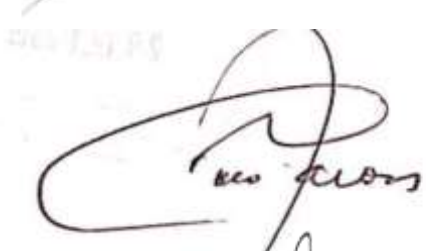
SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO. COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las resultas de la alzada.

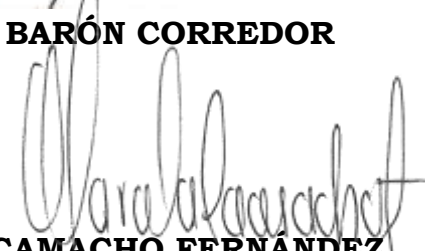
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MARINA GIRALDO MORA** CONTRA **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: la señora **LUZ MARINA GIRALDO MORA**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., para que previos los trámites procesales correspondientes se ordenen el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del afiliado ALEXANDER PARRA, a partir del 25 de octubre de 2019 y hasta la fecha de su pago, debidamente indexadas; intereses moratorios; costas y agencias en derecho; a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados de folios 5 a 7 del archivo 05 del expediente digital, en los que en síntesis indica, que inició una relación de pareja con el señor ALEXANDER PARRA URIBE (q.e.p.d.), por espacio superior a 10 años; que ninguno de los dos tenía vínculo matrimonial con anterioridad al inicio de su convivencia; que la unión fue continua, ininterrumpida y notoria; que la unión de la pareja se consolidó a partir de junio de 2017, cuando se mudaron a la ciudad de Mesetas – Meta y hasta cuando ocurrió el deceso del afiliado; que la relación sentimental era conocido por allegados y amigos de la pareja; que el señor Parra se encontraba afiliado a riesgos laborales a Positiva Compañía de Seguros S.A., que la muerte del afiliado de acuerdo a dictamen médico, fue de carácter profesional; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 23 de diciembre de 2019 y esta fue resuelta en forma desfavorable el 24 de febrero de 2020; que Positiva negó la prestación al considerar que no se cumplía con el requisito mínimo de convivencia.

CONTESTACIÓN: La demandada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las



pretensiones de la demanda, al considerar que la demandante no cumple con los postulados y requisitos para acreditar la condición de beneficiaria del causante. Como medios **exceptivos** propuso los de inexistencia de requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del afiliado; no encontrarse acreditada la convivencia de la demandante con el afiliado fallecido, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, genérica o innominada (archivo 11 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el trámite procesal, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 24 de enero de 2022, resolvió; **declarar** que la demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente, Alexander Parra Uribe, a partir del 24 de octubre de 2019, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, con los reajuste legales para cada anualidad y por 13 mesadas anuales; **condenó** al pago de \$25.872.248, por concepto de retroactivo causado entre el 24 de octubre de 2019 al 31 de diciembre de 2021; **condenó** al pago de intereses moratorios a partir del 24 de octubre de 2019 y hasta la fecha en que se haga el respectivo reconocimiento y pago; **absolvió** de las demás pretensiones de la demanda; **condenó** en costas a la demandada.

“...De allí entonces tenemos en el caso de afiliados al régimen general de seguridad Social para el caso de los afiliados cotizantes que su derecho está en construcción a ello no se les exige el acreditar los 5 años de convivencia, por lo tanto la actora sí bien es cierto no tenía 5 años de convivencia si estaba conviviendo con el causante al momento de su muerte y por lo tanto si tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, con respecto al mínimo de cotizaciones indicadas qué se alega en la contestación de la demanda se debe aclarar que al contrario a lo que se



exige en la pensión de invalidez o de sobrevivientes por riesgo común, en la pensión por riesgos laborales pues la diferencia es que no se exige un mínimo de semanas cotizadas sino que el riesgo se asegura desde que el trabajador está afiliado formalmente, por ello es que a criterio de este servidor judicial el artículo 46 de la ley 100 del año 1993 exige 50 semanas de cotización en los últimos tres años, no se aplica para la pensión por riesgos laborales....”(récord 31:15)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la apoderada de la parte **demandada**, interpone recurso de apelación señalando como motivos de disidencia, que, se aplicó en forma indebida la sentencia 77327 de 2020 emitida por la Corte Suprema de Justicia, al haberse tenido en cuenta una convivencia inferior a cinco años, cuando tal sentencia fue objeto de análisis y revisión por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 149 de 2021; que los requisitos para reconocerse la pensión de sobrevivientes deben cumplirse en forma íntegra y en el sub examine, la demandante no acreditó la convivencia mínima para tal reconocimiento; que no se encuentran acreditadas las semanas mínimas de cotización para acceder a la prestación.

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:

El apoderado de la parte **demandante**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, con este se da pleno cumplimiento a lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, además que la reclamante, acreditó una convivencia con el afiliado y fue afiliado al



sistema de seguridad social integral en riesgos laborales y su fallecimiento fue calificado de origen laboral.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si Luz Marina Giraldo Mora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de Alexander Parra Uribe (q.e.p.d.) y, de encontrarse acreditado lo precedente, establecer la procedencia en fulminar condena a título de retroactivo pensional.

DE LA 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, carta dirigida a la Unidad Nacional de Protección – Subdirección especializada (fl.13 y 14 archivo 01); carga dirigida a la Mesa Técnica – Subdirección especializada de seguridad UNP (fl. 15 archivo 01); copia de póliza Plan de vida adquirida en Bancolombia (fl. 17 archivo 01); declaración juramentada rendida por William Ospina Ramírez, Rodolfo Benjumea



Cárdenas y Wilson Herney Chavarro Jiménez (fl. 23 a 27 archivo 01); registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 28 archivo 01); copia de cédula de ciudadanía de la actora y el señor Alexander Parra Uribe (fl. 29 y 31 archivo 01); registro civil de defunción del señor Alexander Parra (q.e.p.d.) (fl. 17 archivo 01); reportaje realizado en la revista Agenda Hoy, el espectador y semana (fl. 32 archivo 01); respuesta de Positiva a reclamación de pensión (fl. 41 y 68 de los archivos 01 y 11); formulario de dictamen para determinar el origen del accidente, enfermedad y muerte (fl. 44, 52 y 62 de los archivos 01 y 11); formato de informe para accidente de trabajo del empleador o contratante (fl. 48 archivo 11); documento denominado notificación determinación de origen laboral (fl. 50 archivo 11); solicitud entablada por Positiva para investigar el evento mortal acaecido al afiliado (fl. 58 archivo 11); respuesta información de siniestro (fl. 59 archivo 11); certificado afiliación emitido por Positiva (fl. 60 archivo 11); notificación de determinación de origen laboral (fl. 61 archivo 11); certificación de pago de aportes emitido por Positiva (fl. 71 archivo 11).

Igualmente, en audiencia de que trata el artículo 80 del Código Procesal Laboral, se practicaron las pruebas testimoniales de los señores Wilson Chavarro y Rodolfo Benjumea Cárdenas (archivo 17 del expediente digital).

De las anteriores probanzas se puede colegir sin mayor elucubración, que Alexander Parra Uribe falleció el 24 de octubre de 2019² y se encontraba vinculado al subsistema de seguridad social en riesgos laborales a cargo de Positiva Compañía de Seguros, con el cual se pretende cubrir las contingencias ocasionadas en el trabajo, advirtiéndose que frente al origen de la calificación profesional

² Folio 36, del archivo 01 del expediente digital



determinada por el deceso del señor Parra Uribe (q.e.p.d.), no existe controversia alguna, al ser aceptada tal situación por la convocada a juicio.

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, 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 de afiliado, o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, la pensión de sobrevivientes, se encuentra estatuida en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de evitar que el núcleo familiar del trabajador pensionado o afiliado quede desamparado como consecuencia del fallecimiento de este, de tal manera que puedan acceder a los recursos necesarios para su congrua subsistencia.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido”. Sentencia C-1094 de 2003.

Ahora bien, el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 preceptúa:

«ARTÍCULO 11. MUERTE DEL AFILIADO O DEL PENSIONADO POR RIESGOS PROFESIONALES. **Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional** sobreviene la muerte del



afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.»

A su turno, el artículo 12 de la norma ejusdem, establece:

«ARTÍCULO 12. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN EL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes será, según sea el caso:

a) Por muerte del afiliado el setenta y cinco por ciento (75%) del salario base de liquidación;

b) Por muerte del pensionado por invalidez el ciento por ciento (100%) de lo que aquel estaba recibiendo como pensión.

Cuando el pensionado disfrutaba de la pensión reconocida con fundamento en el literal c) del artículo 10 de la presente ley la pensión se liquidará y pagará descontando el quince por ciento (15%) que se le reconocía al causante.»

El artículo 9° del Decreto 1295 de 1994, estableció lo que debe entenderse como accidente de trabajo. No obstante, tal precepto, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-858 de 2006, por considerar que el Ejecutivo extralimitó sus funciones en la definición del sistema de riesgos laborales y conminó al congreso a expedir una ley que definiera nuevamente estos aspectos; ley que fue promulgada solo hasta 2012.

Es así como con la expedición de la Ley 776 del 2002 se expidió la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Laborales, que en su artículo 11, estatuyó;

“Artículo 11. *Muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario”*



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 24 de octubre de 2019 como da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 36 del archivo 05 del expediente digital, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

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

Se constata que la fecha de natalicio de la señora Luz Marina Giraldo Mora lo fue el 14 de junio de 1978 (fl. 34 Archivo 05 del expediente digital), lo que implica que, para la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 41 años de edad, cumpliendo así la solicitante con la exigencia legal para acceder al derecho pensional deprecado, referente a tener 30 o más años de edad.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiaria de la señora Hernández Vargas, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, debe indicar la Sala que, tal y como lo señaló la apoderada de la convocada a juicio, la H. Corte Constitucional en sentencia SU 149 del 21 de mayo de 2021, indicó en un caso similar al aquí debatido que,

“... Nótese que, de acuerdo con los órdenes con base en los cuales se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reconoce la pensión de sobrevivientes, estos reconocimientos afectarían los derechos de otros miembros del grupo familiar, concretamente, de los hijos, los cuales se encuentran en el mismo orden de prelación y, más aún, de quienes se encuentran en los órdenes sucesivos que solo serían beneficiarios en el caso de que no existan cónyuges, compañeros permanentes e hijos con derecho. Esta consideración es relevante en el caso concreto que resolvió la Corte Suprema de Justicia, pues su postura condujo a que la pensión de sobrevivientes fuera compartida entre los hijos del afiliado y la compañera permanente, quien no demostró convivir con el causante en el tiempo mínimo establecido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, el trato diferenciado carece de una justificación objetiva porque desatiende que, sin importar si se está ante una prestación causada por la muerte del afiliado o pensionado, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar. Al eximir al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del afiliado de demostrar los cinco años de convivencia, la Corte Suprema de Justicia inaplica el requisito que el Legislador, en ejercicio de su margen de configuración en materia de seguridad social, estimó adecuado para determinar que el beneficiario, en efecto, pertenece al grupo familiar del causante. De la misma manera, esta interpretación es problemática respecto de la noción misma del matrimonio o de la unión marital de hecho, las cuales tienen dentro de sus elementos definitorios la convivencia estable y singular de los integrantes de la pareja. Es a partir de esa convivencia que se generan deberes jurídicos de solidaridad y mutuo socorro, con base en los cuales válidamente el Legislador previó determinados requisitos y plazos predicables al caso examinado. En este sentido, el Legislador, dentro de su amplio margen de apreciación en materia de diseño de las prestaciones en materia de seguridad social, impuso el requisito de convivencia como un medio adecuado para garantizar que la pensión de sobrevivientes se reconozca a los beneficiarios a partir de sus finalidades, sin que lo dicho constituya un juicio abstracto sobre la constitucionalidad del requisito de convivencia o la imposibilidad de que posteriormente el Congreso de la República pueda variar dichos requisitos.

1. Las anteriores razones evidencian que la sentencia de casación del 3 de junio de 2020 desplegó una interpretación del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993 que no es conforme con el principio de igualdad. Por el contrario, de una interpretación compatible con este principio constitucional, se deduce que la exigencia de los cinco años de convivencia con el causante responde a la finalidad de que sea el grupo familiar el que acceda a la pensión de sobrevivientes y de proteger a este grupo de solicitudes artificiosas o ilegítimas. Por esta razón, debió considerarse que la compañera permanente del afiliado debía demostrar este tiempo de convivencia con su causante.”
(Resaltado de la Sala).



Es así como la H. Corte Suprema de Justicia, da cumplimiento a la orden emitida por el órgano constitucional en sentencia SL 4318 de 2021, sin embargo, informó que se apartaba del criterio constitucional, al precisar que, *“Se mantiene la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la Corte Constitucional, y que ahora se reemplaza en cumplimiento de la sentencia CC SU-149-2021, criterio reiterado en las sentencias CSJ SL2820-2021, CSJ SL1905-2021, CSJ SL3626-2020, entre otras, por considerar que dicho criterio jurisprudencial fijado por esta Corporación respecto a la debida intelección del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, resulta completamente razonable, ajustada al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional, como en nuestro sentir, equivocadamente lo valoró la Corte Constitucional”*.

Con posterioridad a la emisión de dicha sentencia, el cuerpo colegiado emite la sentencia SL 5270 de 2021, en el que, modificó el criterio jurisprudencial, respecto a la interpretación que debía dársele al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que, no es exigible un mínimo de tiempo de convivencia para la cónyuge o compañera permanente de un afiliado, al bastarle únicamente acreditar dicha condición y tener una convivencia vigente para la fecha del deceso del afiliado y el ánimo de conformar un grupo familiar, indicando además, que;

“...En todo caso, tal decisión constitucional lo que hace es adaptar las consideraciones de las providencias CC C-336-2014 y CC C-1176-2001, como justificación de ese mínimo tiempo de convivencia, mediante la cita de apartes que se encuentran referidos específicamente a la protección del pensionado y su familia, sin análisis y justificación alguna respecto de la extensión de tales exigencias para cuando muere un afiliado al sistema pensional, caso en el que el legislador no previó ese mínimo.

Y es de ahí justamente, de donde se deriva que, en verdad, no constituye el precedente específicamente aplicable, ni podía dar lugar al defecto sustantivo por su desconocimiento, ni a la imputación de incumplimiento de las cargas de



transparencia y argumentativa, en tanto que la precisión jurisprudencial justamente se sustentó en las consideraciones de la Corte Constitucional en asuntos y materias que sí guardan estrecha identidad con la que fue objeto de debate, atendiendo particularmente a las argumentaciones expuestas en la sentencia de constitucionalidad, que analizó el mencionado requisito y la diferenciación legislativa legítima prevista, por lo que forzoso es concluir que, el único precedente aplicable en la materia, lo constituye ahora si la sentencia CC SU-149-2021, de la que se aparta esta corporación.

La totalidad de razones expuestas, son más que suficientes para la modificación del criterio jurisprudencial, que hoy se reproduce, frente a la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, lo que resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones.”

De esta manera, torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Es así como en principio se acogió por parte de esta Sala de Decisión la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia, sin embargo, al saltar en forma evidente el pronunciamiento, interpretación y alcance que se le debe dar al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, se cambiará la postura hasta hoy adoptada, para acoger en forma íntegra la interpretación emitida por el alto tribunal constitucional en este aspecto y el cual fue reseñado en forma precedente.



Respecto al punto dilucidado, del análisis del material probatorio recaudado en primera instancia, se tiene que el señor Wilson Chavarro precisó haber conocido a la pareja después de junio del año 2017, dado que, empezó a trabajar como Secretario de Derechos Humanos y Paz en la Gobernación del Meta; que la pareja no era casada, pero vivían juntos, que se domiciliaron en el Municipio de Mesetas – Meta; que ellos eran líderes en la implementación del Acuerdo de Paz y le consta su convivencia, porque en varias oportunidades estuvo en su vivienda.

A su turno, Rodolfo Benjumea Cárdenas, quien es integrante del Club Rotatorio Internacional, informó que, *“como en el 2017 más o menos”* conoció a la pareja, después de la firma del Acuerdo de Paz, que recuerda esta calenda porque, prestó sus servicios en pro de la paz, conociendo a la señora Luz Marina por unas jornadas de salud que empezaron a realizar en el sitio donde vivía la pareja.

Que, de acuerdo a la organización de los servicios de salud, él se hospedaba en la casa del fallecido y su compañera y que la pareja se colaboraba mutuamente.

De las pruebas referenciadas en precedencia, patente resulta que a la fecha del óbito del señor Alexander Parra Uribe, que lo fue el 24 de octubre de 2019, este convivía con la demandante, quien además hacía parte de su núcleo familiar como compañera permanente, lo cual se evidencia de la prueba testimonial recaudada, porque dan fe de una pareja que tenía una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico, camino a un proyecto común, el cual se vio afectado con el homicidio del causante.

Pese a lo anterior, debe resaltar esta Sala de Decisión que, tanto señor Chavarro como el señor Benjumea informaron conocer a la pareja



desde junio de 2017, sin embargo, el primero de ellos, informó que había ingresado a laborar en la Gobernación del Meta en dicho mes y año y a los dos meses siguientes, “aproximadamente” los conoció, siendo dicha data, en tiempo estimado, en agosto o septiembre de 2017.

Respecto a la declaración del señor Benjumea, este dijo conocer a la pareja, desde junio de 2017, cuando el Gobierno Nacional firmó los Acuerdos de Paz con las FARC y empezaron a prestar servicios médicos a los reinsertados.

Sin embargo, de sus dichos no queda clara la fecha de inicio de la vida en común de la pareja, pues nótese que, el proceso de Paz inició en el año 2012, y después de un largo paso, solo hasta el año 2016, y tras la realización de modificaciones por parte del Congreso de la República, el convenio se suscribe por el Presidente de la época y un representante de las FARC, en noviembre de 2016.

Ahora bien, la anterior precisión se realiza porque con la suscripción del Acuerdo, se estableció entre otras, la creación de Zonas Veredales Transitorias de Normalización, con el fin de concentrar en determinados sitios geográficos, a los ex combatientes y tal compromiso quedó plasmado en la Ley 1779 de 2016 y por ello, se expidieron sendos Decretos³ en el año 2016 y 2017, siendo el de interés el No. 2009 del 7 de diciembre de 2016 y allí se dictaron disposiciones adicionales, indicándose en el artículo 1, *“Establecer la Zona Veredal Transitoria de Normalización (ZVTN) como Zona de Ubicación Temporal, en el Departamento de Meta - Municipio Mesetas - Vereda La Guajira cuyas coordenadas que definen la delimitación geográfica, georreferenciación y graficación se precisan de acuerdo al documento anexo a este acto administrativo, incluida su zona de seguridad, la sede local del Mecanismo*

³ Decreto 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2021, 2025, 2026 de los años 2016 y 2017



de Monitoreo y Verificación (MM&V), el o los campamentos dentro de la ZVTN y el área de recepción, con el objetivo de garantizar el Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y Dejación de Armas (CFHBD - DA)..”.

Es así como, según el dicho del señor, Benjumea, la pareja se conoció “*durante la guerra y ya después cuando vino el acuerdo de paz de la Habana que lo firmaron se volvieron a reencontrar y entiendo que desde ese momento volvieron a unir sus vidas, diciéndolo así hasta el momento que se murió Rodolfo*”, y al haberse firmado el Acuerdo y establecido la zona veredal en el Municipio de la Mesetas, a finales del año 2016, no se puede concluir con certeza la fecha en que en efecto se inició la comunidad de vida de la pareja.

Pese a lo anterior, si queda claro que por lo menos desde septiembre de 2017 a octubre de 2019, es decir, por un interregno de dos (2) años y un (1) mes, la pareja convivió en el Municipio de Mesetas.

Así las cosas, respecto al punto dilucidado preciso resulta señalar que la Sala no apoya la posición del A quo, en cuanto consideró que la actora acreditaba la convivencia mínima de cinco años anteriores al fallecimiento de su compañero permanente y en tal sentido, la demandante tampoco es merecedora de la pensión de sobrevivientes que reclama.

Conduciendo a la revocatoria del fallo de primer grado sobre el reconocimiento del derecho pensional a favor de la señora Luz Marina Giraldo y consecuencia de ello, la absolución frente a las condenas impartidas en primera instancia contra Positiva Compañía de Seguros.



COSTAS. Se revocan las de primera instancia, al salir avante el recurso de apelación incoado por la parte demandada, por lo que, se ordenará al juez de conocimiento tasar las agencias causadas en primera instancia a cargo de la demandante y a favor de la convocada a juicio.

En esta segunda instancia no se impondrá condena en costas, al considerarse como no causadas.

En mérito a lo expuesto la Sala de Decisión el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 24 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LUZ MARINA GIRALDO MORA** contra **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, para en su lugar, **ABSOLVER** a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al juzgado de conocimiento, que proceda a tasar las agencias en derecho causadas a cargo de la demandante y a favor de Positiva Compañía de Seguros S.A.

TERCERO: CONDENAR a Luz Marina Giraldo Mora a reconocer y pagar agencias en derecho a favor de Positiva Compañía de Seguros.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Luz Marina Giraldo Mora y a favor de Positiva Compañía de Seguros en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **REMIGIO ALIRIO JIMENEZ BOLAÑOS** contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor REMIGIO ALIRIO JIMENEZ BOLAÑOS, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare que la entidad incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez causada a partir del 23 de julio de 2000 a favor de José Mardoqueo Jiménez Romero; que el demandante es el único beneficiario y heredero acreditado del señor Jiménez Romero, quien falleció el 11 de diciembre de 2006 en Cali; que se efectuó el pago del retroactivo pensional en abril de 2018; que se adeudan los intereses entre el 23 de julio del 2000 y el 11 de diciembre de 2006 y respecto al retroactivo causado; que se deben indexar las sumas de dinero adeudadas; que se deben reintegrar los aportes al sistema de seguridad social en salud, debido al término prescriptivo que frente a ellas opera.

Como consecuencia de lo anterior, se debe reconocer y pagar los intereses moratorios causados a su favor desde el 23 de julio del año 2000 al 11 de diciembre de 2006; la indexación de las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional, causado desde el fallecimiento del causante y la fecha del pago; a reintegrar los valores descontados de aportes a salud, debidamente indexados.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare como único beneficiario y heredero del señor José Mardoqueo Jimenez Romero; que la UGPP efectuó el pago del retroactivo pensional en abril de 2018; que



se deben indexar las sumas adeudas por concepto de retroactivo pensional; que se descontaron los aportes a salud.

Consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague la indexación del retroactivo pensional, la devolución de los aportes en salud debidamente indexadas

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que, José Mardoqueo Jiménez Romero falleció el 11 de diciembre de 2006 en Cali; que mediante sentencia del 6 de diciembre de 2011 la Corte Suprema ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor de este; que la UGPP mediante resolución No. RDP 008127 del 10 de marzo de 2014 reconoció y pagó una pensión post mortem a partir del 22 de febrero de 1999 y con efectos fiscales a partir del 23 de julio de 2000; que el demandante es el único heredero y beneficiario del señor Jiménez Romero (q.e.p.d.); que las mesadas adeudadas al trabajador le fueron pagadas a su heredero en mayo de 2018; que no le fueron pagados intereses moratorios; que presentó reclamación el 6 de marzo de 2017; que se descontaron aportes a salud; que la convocada a juicio resolvió su solicitud en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, tanto principales como subsidiarias al estimar que, no hay lugar al pago de intereses moratorios, ya que al demandante no le asiste derecho alguno para reclamar emolumento alguno causado a favor del afiliado José Mardoqueo Jiménez Romero (q.e.p.d.). Como **excepciones** propuso las de, pago, cosa juzgada, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (fl. 85).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de febrero de 2022, en el que, resolvió; **declarar** probada la excepción de cosa juzgada; **absolvió** a la UGPP de las pretensiones incoadas por el demandante; **condenó** al pago de costas y agencias en derecho al demandante; **ordenó** la consulta a favor del demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Sobre la identidad de partes, más allá de que en su momento se demandara a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL y que hoy es demandada la UGPP y que el demandante, era el señor José Mardoqueo Jiménez Romero, el despacho considera que sí existe identidad de partes, en cuanto Remigio Jiménez Bolaños, es el sucesor en los derechos de José Mardoqueo Jiménez Romero y por su parte, la UGPP asumió las obligaciones que estaban a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, con ocasión de la liquidación de esta última. Considerándose entonces que existe identidad de partes, en cuanto a la activa y a la pasiva; frente a la identidad de causa y objeto, en ambos procesos, si bien en el proceso radicado ante el Juzgado 3 Laboral de Cali se discutía inicialmente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen, llevaba aparejada una consecuencia de dicha declaratoria de nulidad y era el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de CAJANAL solicitándose que dicho reconocimiento pensional estuviera aparejado de los intereses y la corrección monetaria, en el presente proceso, si bien, no se discute el reconocimiento pensional, si se están discutiendo los intereses moratorios y la indexación o corrección monetaria, en pocas palabras, lo que se tiene que, dichas pretensiones sí fueron objeto de la demanda, radicada ante el Juzgado de Cali y si bien los hechos de la demanda que se ventila en este proceso judicial difieren en parte de los hechos de la demanda ante el Juzgado de Cali, dado que allí se hacía referencia al tema de la nulidad del traslado de régimen, en tanto que aquí ya se hace referencia a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y a la resolución que, dio cumplimiento a dicha sentencia, lo cierto es que, también se considera que existe identidad en cuanto a la situación fáctica en tanto que, en el proceso primigenio se discutía también la demora en el reconocimiento de la pensión de jubilación la solicitud que se había presentado en ese sentido, ante la Caja Nacional de Previsión Social para que dicha entidad reconociera el derecho pensional en esa medida el despacho considera que opera el fenómeno de la cosa juzgada frente a las pretensiones, intereses moratorios, corrección monetaria...”



RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **la parte demandante**, estima que no existe cosa juzgada conforme al trámite adelantado ante el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Cali, al ser disímiles los pagos de un retroactivo y el reajuste pensional, por lo que, en su sentir, si se causan los intereses moratorios; en segundo lugar, respecto a los descuentos en salud que se ordenaron descontar.

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**, informa que se ratifica en el escrito de contestación de la demanda y en tal sentido, reclama se confirme la sentencia objeto de reproche, al estimar que se ha configurado la figura de la cosa juzgada respecto a las pretensiones y se constituye en un actuar temerario el pretender se reconozcan derechos que fueron dirimidos con anterioridad; que la entidad ya dio cumplimiento al fallo judicial; que no es procedente el reintegro de aportes al sistema de seguridad en salud, ya que estos descuentos se encuentran reglados.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 41 del cartulario y en el cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones parafiscales de la Protección da respuesta a solicitud incoada por el aquí demandante.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios, frente al reconocimiento de la pensión de jubilación reconocida a favor de José Mardoqueo Jiménez Romero, o si por el contrario, como se interpreta del reclamo del apelante, tal situación no ha sido dilucidada en proceso anterior, debiendo salir avante las pretensiones de la demanda.

DE LA COSA JUZGADA

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción inició por demanda interpuesta por REMIGIO ALIRIO JIMENEZ BOLAÑOS contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN



PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, *libelo* demandatorio, mediante el cual pretende «se reconozca y ordene el pago a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP – en favor del señor REMIGIO ALIRIO JIMÉNEZ BOLAÑOS de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados por el periodo comprendido entre el **23 de julio del año 2000 y 11 de diciembre del año 2006**, fechas estas últimas que constituyen el retroactivo pensional, después de haberse reconocido el estatus de pensionado al fallecido – JOSÉ MARDOQUEO JIEMENEZ ROMERO – el 22 de febrero de 1999, con efectos fiscales a partir del 23 de julio de 2000, teniendo en cuenta esta última data para la exigibilidad de la prestación por efectos de la prescripción trienal »², consecuencia de ello, se ordene la indexación de las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional y el reintegro de los valores descontados por concepto de aportes a salud.

Así mismo, evidencia esta Sala de Decisión que en archivo 03 del expediente digital acopiado en medio magnetofónico en el expediente físico (fl. 147), obra copia de las actuaciones surtidas en el proceso ordinario No. 2003 – 00700, adelantado en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en donde fungía como demandante, el señor José Mardoqueo Jiménez Romero contra Porvenir y Cajanal, en el que suplicó;

“a) Que es NULA la vinculación y Traslado del Actor del RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA de la CAJA NACIONAL de PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL – al RÉGIMEN PENSIONAL de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A....

b) Que igualmente es NULA la PENSIÓN DE VEJEZ ANTICIPADA reconocida por la Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., comunicada al Actor mediante OFICIO 2000010101770 DE SEPTIEMBRE 3 de 2001 , en cuantía de \$524.757 mensuales a partir del 5 de ese mes y año.

c) Que como consecuencia, la Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. está obligada a devolver a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL – el BONO PENSIONAL por la suma de \$96.549.000.00 , o el que se demuestre , que recibió del Ministerio de Hacienda

² Folio 3.



, con los intereses, indexación, aumentos, desde la fecha que recibió el BONO PENSIONAL hasta cuando se entregue definitivamente.

d) Que igualmente la Sociedad ADMINISTRADORA demandada, está obligada a devolver a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL – la suma de \$6.570.000.00, o la que se demuestre, que el Actor cotizó para acceder a la PENSIÓN en esa Entidad, con los intereses, indexación, aumentos, desde el 22 de FEBRERO de 1999 hasta cuando se entregue efectivamente.

e) Que en consecuencia, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL – está obligada a reconocer y pagar al Actor la PENSIÓN DE JUBILACIÓN correspondiente al 75% (setenta y cinco por ciento) del salario devengado en el último año de servicio en el Cargo de Jefe de Unidad Seccional Nivel Ejecutivo – Grado 16 – de la Contraloría General de la República, a partir del 22 de FEBRERO de 1999, con sus aumentos, reajustes, intereses y corrección monetaria, conforme dispone Ley 33 de 1985”³.

Con ocasión a dicha demanda, el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia del 15 de marzo de 2006, resolvió;

“1º.- DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

2º.- ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, inicie y lleve hasta su culminación, todas las acciones y procesos necesarios, para la solicitud de emisión del bono pensional, correspondiente al señor JOSÉ MARDOQUEO JIMÉNEZ ROMERO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.847.402 de Ipiales por el tiempo laborado al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y el Distrito Capital de Bogotá, con miras a su pago efectivo.

3º.- CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a reliquidar la mesada pensional de sobrevivientes del señor JOSÉ MARDOQUEO JIMENEZ ROMERO, teniendo en cuenta adicionalmente el valor de TREINTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$30.774.000), como diferencia entre el Bono Pensional liquidado y el Bono Pensional pagado; con sus rendimientos, a favor del señor JOSÉ MARDOQUEO JIMENEZ ROMERO, lo que hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que reciba la información oficial sobre su valor definitivo.

5º.- CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar a el señor JOSÉ MARDOQUE JIMENEZ ROMERO, la diferencia de las mesadas pensionales, resultantes de la reliquidación que se ordena en el numeral 3º de la presente sentencia, lo cual se hará con retroactividad al 5 de septiembre de 2001, debidamente indexadas entre esa fecha y aquella en que se pague la presente condena.

³ Archivo 03, Cuaderno Ordinario, folio 4.



7°.- *ABSOLVER a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL, y a ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

Aduciendo en lo que atañe a este tópico en la parte considerativa que:

«Por lo anterior se condenará a la demandada PORVENIR S.A. a incrementar la mesada pesional, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo servido, cuya gestión integral y efectiva se le ordenará, ordenando igualmente la indexación de las diferencias resultantes, entre la mesada inicial y aquella incrementada, en virtud de su reliquidación, dada su negligencia, para tramitar la emisión del Bono Pensional, cuyo calculo “completo” debió considerarse al momento de establecer la prestación económica pretendida.

La corporación de segundo grado resolvió el 6 de octubre de 2006, confirmar los numerales, 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, 8° y 9° y revocó los literales 3° y 5° de la sentencia objeto de reproche (archivo 03, carpeta “cuaderno tribunal”, archivo del “folio 1 al 50 cuaderno 2...” fls. 13), señalando que los reparos argüidos en el recurso de alzada obedecían a que el demandante pretendía “*obtener la declaratoria de nulidad de su vinculación y traslado del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación definida de la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL”, al Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad de la “SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR” y obviamente de salir avante ésta, ninguna razón de ser tendría el estudio del recurso formulado por la demandada***”.

A su turno, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, con proveído del 9 de septiembre de 2008, **casó** la sentencia del 6 de octubre de 2006, sin embargo, requirió a CAJANAL para que allegara una información (archivo 03 del expediente digital, carpeta cuaderno de la Corte Suprema de Justicia, fl. 84).

Una vez recopilada la información por parte del Alto Tribunal, el 6 de diciembre de 2011, se profirió la decisión que puso fin al proceso



ordinario y en el que, se dispuso “*REVOCAR el fallo dictado por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, de 15 de marzo de 2006 para, en su lugar, DECLARAR LA NULIDAD del traslado del Régimen de Prima Media por Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de JOSÉ MARDOQUEO JIMÉNES (sic) ROMERO al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en consecuencia la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, deberá devolver, íntegramente, el bono pensional recibido, por valor de \$96.549.000., así como las cotizaciones que por pensión percibió en el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1997, al 21 de febrero de 1999, junto con los intereses de mora; CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, deberá reconocer la pensión de jubilación*” (Resaltado de la Sala), decisión que fue publicada en edicto del 23 de enero de 2012 (archivo 03 del expediente digital, carpeta cuaderno de la Corte Suprema de Justicia, fl. 146).

Acorde a lo anterior, y de conformidad con lo estatuido por el art. 303 del Código General del Proceso, 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 resolutive 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 adecuación⁴.

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, no existe identidad jurídica de partes con el que fuere resuelto por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y modificado por la Sala Laboral del Tribunal de dicha ciudad, pues téngase en cuenta, que conforme al haz probatorio, la demanda fue instaurada por el señor José Mardoqueo Jiménez contra Porvenir y la extinta Caja Nacional de Previsión Social y a su turno, el accionante, fallece el 11 de diciembre de 2006, de acuerdo a lo expuesto en la Resolución 008127 del 10 de marzo de 2014 y corroborado con la documental acopiada a folio 67 del archivo de la Corte Suprema de Justicia, es decir, que el promotor litigioso, fungió como parte, sin que se presentara una sucesión procesal en el decurso procesal (fl. 13).

En lo que atañe al reconocimiento y pago de intereses moratorios, habrá de decirse que si bien tal tópico fue reclamado por la parte demandante en el cuerpo de la demanda, al pretender el reconocimiento de tal emolumento, esto no fue objeto de estudio en el asunto jurisdiccional anterior, ni en primera ni en segunda instancia y mucho menos en el recurso extraordinario de casación, en la medida que el funcionario judicial de primera instancia, únicamente reconoció la indexación de las diferencias reconocidas y pagadas para dicha data por Porvenir, sin embargo, tal condena, como se dejó visto en forma precedente, fue objeto de revocatoria por el Tribunal de Cali, lo que hace imposible la materialización de la institución bajo estudio.

⁴ H. Corte Constitucional T-185 de 2013



En manera alguna comporta identidad con los intereses moratorios, por lo que le asiste la razón al recurrente en lo tocante a la no existencia de cosa juzgada en el sub examine.

INTERESES MORATORIOS

El demandante centra su reparo frente al reconocimiento de los intereses moratorios, pues a su juicio de la parte actora, dicho concepto debe reconocerse respecto de las mesadas causadas entre el 23 de julio de 2000 y el 11 de diciembre de 2006, al haberse reconocido la calidad de pensionado a favor de José Mardoqueo Jiménez Romero (q.e.p.d.).

Sobre el particular, se tiene que los aludidos intereses moratorios, están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula que *«A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago»*, empero dicha obligación no opera automáticamente, dado que conforme al criterio de la Sala Mayoritaria, las entidades de seguridad social cuentan con un período de exención en el otorgamiento de la pensión, el cual corresponde a un período de 4 meses, contados desde la radicación de la solicitud pensional, al cabo de los cuales comienzan a correr los 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 señor José Mardoqueo Jiménez Romero (q.e.p.d.) reclamó el reconocimiento de la pensión de jubilación ante la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, en el año de 1999 y posteriormente en agosto de 2005⁵, de

⁵ Resolución No. 23795 del 18 de agosto de 2005



acuerdo a lo expuesto en Resolución No. 008127 del 10 de marzo de 2014, la cual fue resuelta en forma desfavorable al solicitante.

Ahora bien, de acuerdo al trámite adelantado ante la jurisdicción laboral, la Honorable Corte Suprema de Justicia, resolvió en su oportunidad, declarar la nulidad del traslado realizado por el demandante, al RAIS y consecuencia de ello, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Colofón de lo anterior, el reconocimiento pensional efectuado al afiliado en el año 2011, fue producto de la declaratoria, en su momento de nulidad del traslado efectuado a Porvenir y consecuencia de ello, el retorno al RPM, por lo que, mal podría predicarse que se está en presencia de una mora, cuando el reconocimiento pensional devenía en forma indefectible de la hoy bien llamada ineficacia de traslado⁶.

DESCUENTOS A SALUD

En cuanto a los descuentos por concepto de aportes a salud, es del caso advertir, que el inciso 2º del artículo 143 de la ley 100 de 1993, establece que la cotización al sistema de seguridad social en salud de los pensionados, estará a cargo en su totalidad de estos.

Así mismo, el artículo 157 de la ley 100 de 1993, dispone que los pensionados serán afiliados al sistema general de seguridad social en salud mediante el régimen contributivo, al igual, que el artículo 204 ibídem, señala que la cotización mensual a dicho régimen por parte de los pensionados, será el 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

⁶ Sentencia CSJ SL1688 de 2019



Ahora, en lo que se refiere a la fecha a partir de la cual se deben efectuar dichos descuento a los pensionados, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 23 de marzo de 2011, Radicado 46576, reiterada en sentencia CSJ SL15264-2017, indicó:

“Afirma la entidad recurrente que el Tribunal cometió yerro jurídico, al no autorizarla a descontar de la condena impuesta por el retroactivo pensional a favor del actor el valor de las cotizaciones respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que, afirma, así lo disponen los incisos segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3° del Decreto 510 de 2003 y 2°, 4°, 5°, 7° y 8° de la Ley 797 de 2003, aspecto que se observa fue objeto del recurso de apelación de la entidad demandada.

Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos. En consonancia con ello, se encuentra no solo el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- FOSYGA-, sino también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, los cuales señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.

Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados



resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.

En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró, dentro de las obligaciones de los empleadores, la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquéllos serían sujetos de las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para tal efecto.

De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.

De esta manera, observa la Sala que el Tribunal sí cometió yerro sobre las disposiciones citadas, al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del actor sin autorizar a la entidad pagadora a descontar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde la fecha de causación de aquélla”.

Conforme a ello, es claro que los pensionados deben realizar los respectivos aportes a salud desde el momento en que se causa el derecho pensional, por lo tanto, al declararse el derecho pensional a favor del señor JIMENÉZ ROMERO y ordenarse el reconocimiento y pago de un retroactivo pensional a favor de este, CAJANAL hoy la UGPP, no podía menos que efectuar los descuentos al sistema de seguridad social integral en salud, por estar obligada legalmente a ello⁷.

⁷ Sentencia SL966 de 2021, Radicado No. 85415 del 17 de marzo de 2021 Magistrado Ponente, Doctor, Luis Benedicto Herrera Díaz



COSTAS.

Sin costas, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 28 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **REMIGIO ALIRIO JIMENEZ BOLAÑOS** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, en el sentido de no declarar probada la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia en lo demás, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la presente sentencia.

TERCERO: COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las resultas de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLARA INES CHAVES ROMERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, 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 dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Diana Johanna Buitrago Ruge identificada con C.C. No. 11.019.025.170 y portadora de la T. P. No.

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»



226.864 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones y a Brigitte Natalia Carrasco Boshell, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 de Villavicencio y portadora de la T.P. No. 288.455 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Porvenir S.A., conforme a los poderes allegados 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 CLARA INÉS CHAVES ROMERO, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare que realizó cotizaciones al Seguro Social y a Caprecundi; que fue trasladada por engaño e inducida a error y por ello se debe declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

Como consecuencia de lo anterior, reclama se ordene el retorno automático al Régimen de Prima Media, se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones y se ordene a Porvenir a devolver los valores recibidos durante su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con frutos e intereses y se paguen las costas.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 6 a 9 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 25 de noviembre de 1965; que, se afilió a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi, la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal y al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de febrero de 1980



hasta el 30 de abril de 1998; que, los asesores de Porvenir en abril de 1998 se presentaron en su lugar de trabajo ofreciendo el traslado de régimen; que no le brindaron una informaron completa frente a su movimiento a Porvenir; que fue inducida a error respecto a los efectos de su decisión; que el 8 de noviembre de 2019 presentó solicitud ante Colpensiones pero esta fue resuelta en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no se encuentra acreditado que la demandante hubiese estado afiliada a la entidad y las actuaciones fueron surtidas ante un tercero. Como **excepciones** 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 la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe, cobro de lo no debido; falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (fl. 60, archivo 01 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, la afiliación a la entidad fue libre y espontánea, precedida de información 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 y buena fe (archivo 03 del expediente digital).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 17 de noviembre de 2021, en el que, resolvió; **declarar** probada la excepción de buena fe formulada por Colpensiones y no probadas las demás excepciones; **declaró** la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante el 29 de abril de 1998; **condenó** a Porvenir a trasladar aportes, rendimientos y gastos de administración a favor de Colpensiones; **ordenó** a Colpensiones recibir como afiliada a la trabajadora sin solución de continuidad; **condenó** en costas a Porvenir; **ordenó** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...de su afiliación, manifestó que, se encontraba laborando en el Ministerio de Relaciones Exteriores en la carrera diplomática, que se acercaron a las instalaciones del Ministerio, funcionarios de Porvenir S.A., que dijeron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, que debían afiliarse al fondo privado, que este tenía muchas garantías, la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y con un monto mejor, que como la mayoría de las personas en ese momento, hizo caso, creyó lo que le estaban informando, que se trataba de una, dado que su empleador les había dado acceso, confiaron que, se trataba de una entidad seria, refirió frente a la pensión, que no le hicieron ninguna comparación de los montos pensionales, que no le dieron información particular sobre los beneficiarios de la pensión, en caso de fallecimiento, beneficiarios de los dineros que hubieran en caso de fallecimiento, que no hablaron sobre rendimientos, que no hablaron de los requisitos para acceder a la pensión, que ella no se preocupó por eso, dado que estos representantes dijeron que se encargaban de todo, que el fondo se encargaban de todo y finalmente hizo referencia a una proyección pensional que se le hizo en el año 2019, interrogatorio de parte, del cual si bien, podría generarse dudas sobre las reales motivaciones de la demandante para trasladarse y cuál fue la información brindada, dado que, como se ha establecido, la demandante nunca estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, lo cierto es que más allá de esto, y en todo caso, del interrogatorio de parte de la demandante, no se logra extraer una confesión, en el sentido de que, hubiese recibido una información, clara, suficiente, veraz sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las diferencias entre estos, las ventajas y desventajas de un traslado de régimen...”



RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que para la época del traslado la AFP no tenía la obligación de brindar información; en segundo lugar, que, de acuerdo al interrogatorio de parte rendido por la actora, se puede constatar que se le brindó información sobre el régimen de ahorro individual; que pretende la actora, el retorno al RPM por el monto de la mesada pensional; que la actora se encontraba afiliada a Cajas de Previsión y por ello, la liquidación del ISS no la afectaba para realizar su traslado; que la afiliada no se preocupó por conocer sobre los fondos pensionales; tampoco se puede ordenar la devolución de gastos de administración dada la gestión adelantada por la entidad y al no ser parte integral de la pensión dichos conceptos, se debe aplicar la prescripción.

El apoderado de **Colpensiones**, sienta su oposición frente a la sentencia emitida, al estimar que no se debía invertir la carga de la prueba, desconociéndose la jurisprudencia frente a este tema; no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento, por el contrario, el traslado a Porvenir fue libre y voluntario; al no tener la demandante una expectativa legítima no es viable su retorno al RPM.

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 no encontrarse acreditado por Porvenir S.A., que suministró la información idónea a la demandante al momento de efectuarse el traslado.

La apoderada de **Colpensiones**, estima que no existen elementos de juicio que demuestren los vicios del consentimiento; que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, al faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión; que resulta desmedido exigir al fondo privado requisitos que no se encontraban previstos en el ordenamiento jurídico; que tampoco es viable invertir la carga de la prueba; que la actora como consumidora financiera no empleó la adecuada atención y cuidado para tomar la decisión de trasladarse; que se debe aplicar la excepción de prescripción; que en caso de confirmarse la sentencia, se debe garantizar el reintegro de las cotizaciones al RPM.

A su turno, **Porvenir S.A.**, reclamó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, al efectuarse el trámite en forma libre y voluntaria, suscribiendo el respectivo formulario de afiliación; que para la época del traslado se cumplieron con los requisitos legales; que la afiliada pudo retornar al RPM pero no lo hizo; que la inconformidad radica en el monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para viciar la voluntad; que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que la AFP ha efectuado el pago a aseguradoras con dicho dinero.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 44 del archivo “11001310503220190083100_C001” del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 8 de noviembre de 2019.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por 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 Clara Inés Chaves Romero 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 las obrantes en el expediente digital, como se relación a continuación, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 19 archivo 01); certificación emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores (fl. 20 archivo 01); certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL (fl. 22 archivo 01); certificación de afiliación a Colpensiones (fl. 28 archivo 01); certificado RUAF (fl. 29 archivo 01); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 31 archivo 01); simulación pensional emitida por Porvenir (fl. 40 archivo 01); petición incoada ante Colpensiones (fl. 44 archivo 01); respuesta emitida por Colpensiones respecto a derecho de petición (fl. 47 archivo 01); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 02); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 24 archivo 03); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 27 archivo 03); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda (fl. 51 y 56 archivo 03); certificado de afiliación a Porvenir (fl. 55 archivo 03); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 58 archivo 03).



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

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

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

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

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

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es



incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de



pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada a la Asamblea de Cundinamarca y posteriormente al Departamento de Cundinamarca, cotizando a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi, desde el 1 de diciembre de 1983 al 30 de agosto de 1988 y posteriormente, se vinculó al Ministerio de Relaciones Exteriores cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal entre el 14 de febrero de 1994 al 30 de abril de 1998, de acuerdo a los certificados laborales emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, certificado CETIL y certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 20 a 27 archivo 01 y 51 del archivo 03 del expediente digital), para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 1 de junio de 1998 (fl. 55



y 59 del archivo 03 en el 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 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 ser reiterativo en informar que, trabajaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores en carrera diplomática y llegaron empleados de Porvenir y dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y por eso era importante a un fondo privado, máxime que, se le ofrecían muchas garantías, entre otras la de pensionarse a cualquier edad y con un monto superior, sin recibir información adicional referente a los diferentes fondos pensionales.

Los asesores se dividían entre los que pasaban puesto por puesto y los que se localizaban en la parte externa de la entidad, en el caso particular, ella recibió el formulario directamente en su oficina, sin embargo, no recibía extractos de su cuenta individual.

Tampoco le informaron cuales eran los requisitos para el reconocimiento



pensional y tampoco se preocupó, dado que Porvenir se encargaría del trámite.

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 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.



Debe resaltarse que, la demandante, Clara Inés 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 la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE 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 4º 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 la demandada, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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



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

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, 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 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 y Colpensiones y a favor de la demandante, Clara Inés Cháves Romero, dados los resultados 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 Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 17 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario



laboral adelantado por **CLARA INES CHAVES ROMERO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR.**

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones, a favor de la demandante, Clara Inés Chaves Romero, en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), para cada una de las entidades.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



35202100047 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA LUCIA VASQUEZ MENESES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 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 los dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se

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

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

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

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



35202100047 01²

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 **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 conferida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Nicolas 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 S.A. por sustitución conferida 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 **MARTHA LUCIA VASQUEZ MENESES** a través de apoderado judicial, pretende la ineficacia del traslado del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01³

RPM al RAIS que realizó el 18 de agosto de 1994 a la AFP Porvenir, al igual que nunca dejó de estar afiliada al RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia, pretende se condene a la AFP Skandia S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros y el valor del bono, con destino a Colpensiones; se condene a Colpensiones a recibir todos los aportes, rendimientos y el valor del bono que se encuentren en su cuenta individual de ahorro; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *Ultra y Extra Petita*, y en costas (fls. 6 a 7 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 9 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 21 de septiembre de 1959, y estuvo afiliada al Sistema de Seguridad Social en pensiones para el ciclo de julio de 1987 a través de su empleador; realizó cotizaciones al RPM administrado por el otrora ISS hasta el ciclo de agosto de 1994, donde cotizó 373 semanas. Que el 18 de agosto de 1994, un asesor comercial de la AFP Horizonte, hoy Porvenir, le ofreció la posibilidad de vincularse la citada y realizar el traslado de régimen pensional, manifestándole que podía pensionarse a cualquier edad, que el monto de la mesada pensional sería más alto que en el RPM, que el ISS estaba próximo a desaparecer, por lo que se ponía en riesgo su pensión y que podía disponer del capital ahorrado junto con el bono pensional. Sostiene que el promotor comercial de la AFP Horizonte, hoy Porvenir, no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS y del RPM y tampoco le



35202100047 01⁴

realizaron una proyección pensional. Indica que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional; además, que solicitó ante la AFP Porvenir copia de los soportes de la información suministrada, y ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, petición que fue negada.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Así mismo, afirma que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añade que, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y por tanto, no procedería 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. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e “*indebidad*” (sic) aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01⁵

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, innominada o genérica (Archivo 14 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 formuladas en la demanda, al considerar en esencia que la AFP cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional (1994), contenido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Añade que, si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda; de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Por último, indica que, si lo solicitado es la ineficacia, se debe tener en cuenta que esta consecuencia jurídica, prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, solo se debe reconocer cuando medió un atentado contra la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado, situación que no se encuentra acreditada en el caso concreto. **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, buena fe (Folios 1 a 22 archivo 07 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló oposición a las peticiones formuladas en su contra, por considerar en esencia que, la afiliación de la actora se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole a la demandante toda la información pertinente para que la misma tomara la decisión consiente de afiliarse. Agrega que, en acatamiento del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en la precitada ley es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para tal efecto manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó 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 la demandante, prescripción, buena fe y genérica (Folios 1 a 17 Archivo 09 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01⁷

Finalmente, la vinculada en calidad de litis consorcio necesario **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 afiliación de la demandante a Protección constituye un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad de la misma y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, que no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las de la afiliada, dado que por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a esta administradora. Añade que, se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar a dicho régimen. **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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; 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; traslado de la totalidad de los aportes a Old Mutual y la innominada o genérica; (Folios 1 a 22 Archivo 20 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01⁸

pública virtual celebrada el 09 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la actora al RAIS con la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; **condenar** a las AFP Skandia S.A., Porvenir S.A. y Protección a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada; **condenar** a Colpensiones a volver a afiliar a la demandante al RPM y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a Skandia S.A.; **condenar en costas** a la demandada AFP Porvenir S.A., **sin costas** a cargo de Colpensiones, Skandia y Protección (Archivo de audio 32 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 Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01⁹

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, al considerar en síntesis que, con base en el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en el caso, le compete a la demandante probar los vicios del consentimiento alegado. Afirma que, resulta desproporcional imponer la carga de la prueba en cabeza de las AFP y Colpensiones, máxime cuando la afiliación se llevó a cabo en el año 1994, queriendo decir que han transcurrido 25 años a la fecha, de suerte que resulta imposible comprobar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, a más que para la época no era obligación dejar un registro de la misma. Concluye afirmando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de las AFP, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso; sin embargo, en el interrogatorio de parte, en varias ocasiones manifestó que sí tenía conocimiento de las características relativas a su pensión, siendo su único interés el valor de la mesada pensional.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01¹⁰

considerar en síntesis que se cumplió a cabalidad con los requisitos formales y el deber de información vigentes para el año de 1994, habiendo recibido la demandante asesoría por parte de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., siendo claro que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. Añade que, no se le dio valoración a las confesiones de la demandante en su interrogatorio de parte, pues afirmó que sí recibió asesoría por alrededor de 15 minutos, a más que se le han enviado los extractos de su cuenta de ahorro individual. Afirma que la señora demandante recibió asesoría y reasesoría por parte de Protección en la oportunidad conveniente y, aun así, decidió permanecer afiliada a este régimen pensional. Agrega que, se aparta de la condena respecto a la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, como quiera que los primeros son privativos del RAIS, y al respecto se ha pronunciado la Corte en sentencia C-3201 del 2018, advirtiendo que ese traslado de recursos iría en contravía con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio, por lo que la actora recibiría dineros que no se causan en el RPM. Concluye afirmando que, respecto de los gastos de administración y seguro previsional, estos están destinados a todo un aparato organizacional, del cual la demandante ha sido beneficiaria.

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de alzada parcial contra el fallo de primera instancia, por considerar en esencia que la condena de trasladar los dineros correspondientes a cuotas de administración no es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01¹¹

procedente, en tanto se trata de descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes y en los mismos porcentajes, los cuales no afectan el IBL a la hora de calcular la mesada pensional. Agrega que la consecuencia de declarar la nulidad de la afiliación de la demandante, sería trasladar solamente lo correspondiente a los aportes, pero con la presente condena se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al percibir los rendimientos que son el fruto de la gestión que llevó a cabo la AFP. Finaliza solicitando se aplique la prescripción a la cuota de administración, al encontrarnos frente a unas obligaciones de tracto sucesivo que no tienen como finalidad financiar la mesada pensional, por lo que tal fenómeno es plenamente aplicable, más aun cuando ha transcurrido el tiempo suficiente para su configuración.

A su turno, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** interpuso recurso de alzada parcial contra la anterior determinación, al considerar en síntesis que los gastos de administración son sufragados en ambos regímenes, teniendo en consideración lo contenido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En igual sentido, afirma que están imposibilitados a retronar los seguros previsionales, como quiera que ya cumplieron con su finalidad y destinación, en cuanto al cubrimiento de riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que esos dineros nunca han sido parte integral del reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Concluye solicitando la revocatoria de las condenas de pensión de garantía mínima, como quiera que este



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01¹²

porcentaje fue descontado por mandato legal y nunca entró directamente a la cuenta de ahorro individual de Skandia, sino que fue trasladada a la cuenta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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, por cuanto el asesor del Fondo de Pensiones PORVENIR NO CUMPLIÓ CON SU DEBER DE BRINDAR UNA ASESORÍA PROFESIONAL BASADA EN EL BUEN CONSEJO Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA al momento de realizar la vinculación y el traslado de régimen de pensiones de la demandante, por lo tanto, el traslado de régimen no está precedido de un consentimiento informado, incumpliendo así con las obligaciones y deberes que la Ley y la jurisprudencia han determinado para realizar el traslado de régimen de pensiones.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** refiere que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01¹³

tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad, toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tienen beneficios que son equiparables.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en la 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01¹⁴

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 1° de junio de 2002, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de junio de 2006.

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, indica que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto no se encuentra en las arcas de la AFP. Igualmente, no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, siendo ineficaz el traslado debería devolver los mismos, como lo ha indicado la Superintendencia Financiera.



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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 22 a 26 archivo 03 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el 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 MARTHA LUCIA VASQUEZ MENESES 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, documento de identificación de la accionante (fls. 1 a 2 archivo 03 del expediente digital), formulario de vinculación emanado de Horizonte (fl. 3 archivo 03 y 37 archivo 07 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01 ¹⁷

expediente digital), historia laboral consolidada emanada de Skandia (fls. 4 a 14 archivo 03 y 33 a 48 archivo 09 del expediente digital), simulación pensional (fls. 15 a 16 archivo 03 y 54 a 55 archivo 09 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Porvenir S.A. con su respectiva respuesta (fls. 17 a 21 archivo 03 y 34 a 36 archivo 07 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Colpensiones con su respectiva respuesta (fls. 22 a 27 archivo 03 del expediente digital), relación de aportes emanado de Porvenir S.A. (fls. 26 a 31 archivo 07 del expediente digital), formulario de afiliación emanado de Skandia (fl. 32 archivo 09 del expediente digital), estado de cuenta emanado de Skandia (fls. 50 a 51 archivo 09 del expediente digital), historia laboral válida para bono pensional (fls. 52 a 53 archivo 09 del expediente digital), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 15 del expediente digital), formulario de afiliación emanado de Protección S.A. (fls. 31 a 32 archivo 20 del expediente digital), respuesta a derecho de petición elevado ante Protección S.A. (fls. 40 a 42 archivo 20 del expediente digital), formato de reasesoría emanado de Protección S.A. (fls. 43 a 45 archivo 20 del expediente digital), constancia de traslado de aportes emanado de Protección S.A. (fls. 49 a 86 archivo 20 del expediente digital) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio carpeta 32 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01¹⁹

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

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

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

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

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



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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01²¹

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01²²

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01²³

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01²⁴

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.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01²⁸

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01²⁹

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01³²

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al extinto Cajanal desde el 03 de julio de 1987 hasta el 31



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01 ³³

de agosto de 1994, tal como se advierte de la historia laboral consolidada expedida por Skandia S.A. y el formulario de afiliación a la AFP Horizonte (fls. 3 y 4 archivo 03 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. en fecha 18 de agosto de 1994 (fl. 3 archivo 03 y fl. 37 archivo 07 del expediente digital), posteriormente se vinculó a Protección S.A. en fecha 1º de agosto del 2000 (fl. 31 archivo 20 del expediente digital); por último, se afilió a Skandia en fecha 17 de febrero de 2020 (fl. 32 archivo 09 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 3 archivo 03 y fl. 37 archivo 07 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 *«(...) mi traslado obedeció a que para esa época, año 94, llegaron representantes del fondo Horizonte e hicieron una reunión en una sala así todo el mundo, y se expresó que Cajanal y Seguro Social iban a desaparecer, que se iban a terminar, y que lo mejor era estar en el fondo. (...) hice fila, cuando llegó mi turno me pidieron mis datos y firmé un formulario, eso sucedió en el año 94, para más de un servidor público de la DIAN (...) una charla que duró aproximadamente 15 minutos y luego la fila que todos hicimos, yo también hice fila, me pidieron unos datos y firmé un formulario. (...)»* (Archivo de audio 32 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, lo cual 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 hoy Colpensiones .

Lo anterior, porque a pesar que la actora se encontraba vinculada a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, lo cierto es que existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE 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, 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 Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia 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 cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01³⁷

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.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por las recurrentes, 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 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 Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y Skandia S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 09 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA LUCIA VASQUEZ MENESES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

35202100047 01³⁹

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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, la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y Skandia S.A., dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100047 01⁴⁰

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia 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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **LUIS CARLOS VENEGAS SOLANO** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS CARLOS VENEGAS SOLANO** a través de apoderado judicial, persigue se declare beneficiario de la pensión de vejez bajo los apremios del régimen de transición y el Decreto 758 de 1990, liquidada con una tasa de reemplazo equivalente al 90%, al igual que tiene derecho a la mesada 14; como consecuencia de lo precedente, se condene el valor de las mesadas pensionales, incluyendo la 14, desde el mes de febrero de 2019 en valor de \$1.209.047, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso (folios 29 a 30).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 28 a 29 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 27 de febrero de 1955. Que al 1º de abril de 1994 y al 22 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas de cotización. Aduce que el 11 de febrero de 2019, al haber completado 1.300 semanas de cotización, como se lo exigía Colpensiones, elevó ante la citada la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, misma que le fue reconocida en la Resolución SUB 104109 del 14 de mayo de 2019, conforme a los postulados de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía de un SMLMV, por cuanto se le negó el beneficio de la transición. Que por considerar que se le debía aplicar una tasa del 90% en los términos del Acuerdo 049 de 1990, formuló recurso de apelación, el cual fue desatado en la Resolución DPE 5017 del 21 de junio de 2019, confirmando la decisión inicial.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que si bien el demandante en un principio fue beneficiario del régimen de transición, al acreditar más de 750 semanas de cotización al 1º de abril de 1994, lo cierto es que no cumplió



el requisito de edad que exige el Acuerdo 049 de 1990, o cualquier otra norma anterior al estatuto general de pensiones, antes del 31 de julio del año 2010 (fecha límite de dicho régimen), ni durante su extensión hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que se traduce en que su prestación no puede ser estudiada bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Agrega que el accionante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce (14), pues no se encuentra dentro de la excepción establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005 parágrafo transitorio 6°. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido; buena fe; prescripción y, las que resulten probadas en el curso del litigio, archivo 02 carpeta 06 del expediente digital.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de marzo de 2022, **absolver** a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor Luis Carlos Venegas Solano y, **condenar en costas** al convocante (archivo de audio y video 7.1. – *expediente digital*).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el actor en principio cumple con los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 001 de 2005, no obstante, al 31 de diciembre de 2014, fecha en la que expiró el régimen de transición, no contaba con la edad prevista en el Acuerdo 049 de 1990, esto es, 60 años, dado que la completó solo hasta el 27 de febrero de 2015. Agrega que la mesada 14 se reconoce a las personas que devengando una pensión que asciende hasta 3 SMLMV, siempre que la misma se haya causado hasta el 31 de julio de 2011, por manera que en el caso de marras no es procedente su concesión, dado que la parte activa causó su derecho pensional después de dicha data.



CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a favor del convocante, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: Este extremo procesal solicita la confirmación de la sentencia de primer grado, aduciendo que el demandante no acredita la edad de 60 años antes del 31 de diciembre de 2014, pues para dicha data solo contaba con 59 años, motivo más que suficiente para que Colpensiones en las Resoluciones 114919 del 14 de mayo de 2019 y DPE 5017 del 21 de junio de 2019, decidiera negar el reconocimiento prestacional bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990; además, aplicó las condiciones más favorables al afiliado, pues se reconoció la prestación bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del año 2003, lo cual se encuentra ajustado a derecho, no habiendo lugar a reliquidación alguna.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende del recurso de apelación impetrado el 29 de mayo de 2019, contra la Resolución SUB 114919 del 15 de mayo de 2019, folios 21 a 26.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primer grado y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si el accionante cumple con las previsiones normativas para la reliquidación de su mesada pensional, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, conforme a las previsiones del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990.

En igual sentido, habrá de establecer la Sala si el accionante es beneficiario de la mesada catorce.

STATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de las Resoluciones DPE 5017 del 21 de junio de 2019 y SUB 114919 del 14 de mayo de 2019 (fls. 4 a 13), reporte de semanas cotizadas en



pensiones (fls. 14 a 19), copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fls. 20 y 27), recurso de apelación formulado contra la Resolución SUB 114919 del 14 de mayo de 2019 (fls. 21 a 26) expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 06 del expediente digital Cd. a folio 43); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a LUIS CARLOS VENEGAS SOLANO le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución SUB 114919 del 14 de mayo de 2019, a partir del 1° de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$869.036 y en aplicación a lo estatuido en la Ley 797 de 2003 (folios 10 a 13); igualmente, se corrobora que cuenta con 1.314,57 semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida, iniciando el 3 de julio de 1972 (folios 14 a 19); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

RELIQUIDACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL

El asunto que es sometido al escrutinio de la jurisdicción ordinaria laboral, se circunscribe a establecer si el gestor del presente proceso tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional dando aplicación a una tasa de reemplazo del 90%, atendiendo lo previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Definido lo precedente, procede esta Colegiatura a dilucidar los anteriores cuestionamientos, siendo indispensable discurrir sobre el objetivo de la pensión de vejez, y como deriva de éste, la razón legislativa para proteger a los ciudadanos, siempre y cuando, se configure el riesgo que dio origen a la prestación.

Así las cosas, ha sido constante la jurisprudencia y doctrina nacional al enseñar que la pensión de vejez surgió con el propósito de propender



por la protección, cuidado y asistencia de aquellos que arribando a una edad cronológica, les era impedido su reincorporación al trabajo por disminución de capacidades laborales y el evidente aumento demográfico. Estableciendo de cara a su resguardo, un sistema que nació bajo la idea paralela del seguro privado, pero con la diferencia fundamental que el Estado suministraría la cualidad de social al ejercer su función económica y de amparo.

Sin embargo, diáfano resulta entender que la labor estatal no elimina de su naturaleza, la necesidad de que el individuo efectúe actos de previsión materializados en el pago de aportes y, que como todo seguro, comporte la existencia de un riesgo a cubrir a título de condición futura, sin el cual, no existiría prestación a otorgar. Riesgo que ha sido entendido como aquellas contingencias *«que una vez presentadas disminuyen total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, la capacidad laboral del afectado y/o aumentan sus gastos»*² además de ser *«la posibilidad de que acontezca el hecho futuro e incierto»*³.

Definido este postulado, ha de indicarse que en tratándose de la vejez, el riesgo acaece ante la pérdida de la capacidad laboral no emanada de una enfermedad invalidante sino por asuntos fisiológicos generacionales, que acarrea la disminución de sus ingresos, sin el cual, no habrá lugar a acceder a una prestación económica que supla el ingreso económico que con antelación devengaba. Aspectos que no resultan ajenos o desconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, pues mediante el Convenio 102 de 1952 determinó parámetros mínimos en los que debían cimentar el sistema de seguridad social los Estados miembros, normatividad que en su artículo 26 señaló:

“1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.

² RODRÍGUEZ MESA, R., (1999), *La Seguridad Social en Colombia*, Bogotá D.C.: Legis.

³ ARENAS MONSALVE, G., (2006), *El Derecho Colombiano De La Seguridad Social*, Bogotá D.C.,: Legis.



2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate (...)”

De manera que, en la forma como fue regulada la prestación por vejez en el sistema de seguridad social integral y, en especial en la preceptiva que ruega aplicación por transición el señor Luis Carlos Venegas Solano, evidente emana que la edad es la condición futura e incierta para la configuración del riesgo resguardado.

Lo cual se corrobora de la literalidad del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 al señalar:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. *Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”* (Resalta fuera de texto)

Determinación legislativa de la cual no emerge duda a esta Sala de Decisión, que para la protección de la vejez era fundamental «reunir» los dos requisitos de manera holista, para entonces hablar de la «causación» de un derecho y el otorgamiento de una prestación económica, más cuando dicho presupuesto fue previsto de manera clara en el artículo 13 de la norma *ejusdem*, al recalcar taxativamente que «la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior», que no son otros diferentes a demostrar la densidad de semanas y la edad, conjuntamente.

Recordando que los mismos deben configurarse antes del 31 de diciembre de 2014, en consideración a que el parágrafo 4º del Acto



Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, 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 cuales se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

De suerte que, al ratificarse que VENEGAS SOLANO al 31 de diciembre de 2014 únicamente contaba con 59 años de edad, conforme la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 20), dimana evidente la falta de cumplimiento a las previsiones impetradas por el Acuerdo 049 de 1990 para ser acreedor de la pensión de vejez por transición. Sobreviene lo mismo con la excepción prevista en el parágrafo 4º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, pues aunque cuenta con las semanas cotizadas para el 29 de julio de 2005, lo cierto es que no alcanzó la edad pensional al 2014.

Con arreglo a lo antepuesto, a pesar de que el actor al 1º de abril de 1994 tenía una expectativa sobre el derecho pensional rogado en atención a las semanas cotizadas, esto es 779,85 (fl. 14), no puede considerarse que por dicha posibilidad se obtenga indefectiblemente la prestación a la vejez, pues debe generarse una coexistencia entre la expectativa por transición y que los *«requisitos para acceder a la prestación solicitada se cumplan a cabalidad»*⁴ al tenor de la norma perseguida.

Lo dicho, encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, al enseñar en la sentencia SL11651 Rad. 41360 del 23 de junio de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, que:

⁴ Ibídem.



*“Y que ha sido abundante al explicar que el Ingreso Base de Liquidación (I.B.L.) no hace parte del derecho al que se puede acceder por virtud del régimen de transición, pues el legislador previó expresamente el que debía ser tenido en cuenta ante tal situación, **así como el que la edad no es requisito de ‘exigibilidad’ de las pensiones de vejez**, como la del actor, como parece entenderlo el recurrente, **sino de estructuración del derecho**, tal como lo hizo en sentencia SL503-2013 del 30 de jul. de 2013, rad. 42311, así:*

*“En efecto, **el régimen de transición previsto en L.100/1993 Art. 36**, tal como lo tiene adoctrinado la Sala, **garantiza a sus beneficiarios, la utilización de la normatividad anterior que venía aplicándose en cada caso, únicamente en lo concerniente, a tres aspectos: la edad, el tiempo o número de semanas cotizadas, y el monto de la prestación**, entendiéndose por este último el monto porcentual de la pensión para el caso el 75%.*

(...)

“Aquí conviene recordar, que tratándose de una pensión de jubilación plena, la “edad” es un elemento esencial para el surgimiento del derecho y por tanto para su causación, y no como lo quiere hacer ver la censura como una simple condición para la exigibilidad del pago. En sentencia de la CSJ Laboral, 13 de abril de 2010, Rad. 37998, al respecto se puntualizó:

*““(....) **Esta Corporación tiene adoctrinado que la consolidación del derecho a la pensión legal plena de jubilación, sólo se da cuando se reúnen dos (2) requisitos: el tiempo de servicios y la edad exigidos por las correspondientes normas; y por consiguiente, únicamente cuando queden satisfechas ambas exigencias, es posible aseverar que se adquirió la titularidad del derecho, mientras tanto el trabajador con lo que cuenta es con una expectativa de jubilación, tal como lo concluyó el Tribunal.***

*““De ahí que, **el demandante cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, estaba en una situación de simple expectativa, por haber cumplido únicamente el requisito del tiempo de servicios, habiéndose en consecuencia consolidado el derecho o causado la pensión plena de jubilación al arribar a la edad de los 55 años, lo que se produjo hasta el día 23 de octubre de 2002”.***

(...)

Sin que sea necesario destacar más desaciertos al recurso, se rechaza el cargo.” (Negrilla de la Sala de Decisión)

Dimana de lo precedente, que al no reunir el actor los requerimientos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, antes de la calenda impuesta por el constituyente secundario en el Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario del estudio prestacional bajo el régimen de transición, resulta diáfana la improcedencia de la súplica incoada por la parte demandante, lo que



implica necesariamente la confirmación de la decisión primigenia sobre este aspecto.

MESADA ADICIONAL CATORCE

Al punto, esta Sala de Decisión se permite iniciar relatando la disposición que dio lugar a la prestación rogada, concerniente al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que a la letra enseña:

«Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994» (acentúa la Sala).

A su turno, el inciso 8°, artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2005 fue diáfano en señalar que *«Las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella**, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»* (resalta fuera de texto), y el párrafo transitorio 6° de la norma *ejusdem*, adoctrina:

«Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año» (subraya de la Sala)

De manera que, al reconocer la pasiva la prestación pensional bajo el gobierno de la Ley 797 de 2003, lo cual conforme al punto anterior, no está llamado a su modificación, se evidencia que VENEGAS SOLANO se encontraba compelido en demostrar primeramente una edad de 62 años, la cual cumplió el 15 de diciembre de 2017, por haber nacido el



mismo día y mes del año 1955 (fl.20), así como una densidad de aportes en suma de 1.300 semanas, establecida para esa calenda.

Por manera que, al causarse la pensión de vejez legal desde el momento en el cual acreditó 1.300 semanas, que lo fue el 18 de octubre de 2018 (fl. 14), deviene indudable que no es acreedor de la prestación adicional catorce, pagadera en el mes de junio, más cuando el constituyente secundario fue diáfano en recalcar en la reforma impetrada en el parágrafo 6° que «se exceptúan de lo establecido por el inciso 8°» es decir que si podrán disfrutar de catorce (14) mensualidades al año, «aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, **si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011**», espacio temporal que no se encuentra cumplido en el *sub judice*.

Motivo por el cual, suma confirmar la sentencia impartida por la Juzgadora de primer grado al no declarar el derecho a la mesada catorce a cargo de Colpensiones, pues bajo las prerrogativas normativas que acompañan el reconocimiento pensional, ninguna conclusión diferente emana a la negativa de la pretensión.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública



celebrada el 3 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS CARLOS VENEGAS SOLANO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **LUIS JESÚS GÓMEZ BLANCO** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **LUIS DE JESÚS GÓMEZ BLANCO** a través de apoderado judicial, pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2014, conforme al Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo pensional, la indexación, costas y agencias en derecho. (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 y 2 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que nació el 15 de diciembre de 1951. Añade que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años, a más que al 29 de junio acredita 1.053 semanas cotizadas al RPM, por manera que es beneficiario del régimen de transición. Que al 31 de diciembre de 2014, acredita los requisitos de edad y semanas para acceder a la pensión de vejez, empero en las Resoluciones GNR 28022 del 29 de enero de 2014 y GNR 211661 del 23 de agosto de 2013, la entidad demandada negó reconocer la prestación a su favor, por cuanto omitió considerar los períodos de cotización que reflejan mora en relación con la empresa Modacero Ltda. Refiere que el 29 de noviembre de 2016, le solicitó a Colpensiones liquidar la deuda patronal con el empleador en mención, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 27 de 1993, sin embargo, no recibió respuesta de la encartada. Que de acuerdo a certificación entregada por el ISS datada 8 de noviembre de 2002, su retiro con la empresa Modacero, tuvo lugar el 2 de enero de 1990. Concluye indicando que cuenta con un total de 1.581 semanas, acotando que su última cotización fue realizada el 30 de mayo de 2014.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al



considerar en esencia, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante no cuenta con 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, por lo que no puede extenderse el régimen de transición, y de contera, no puede aplicarse a su favor el Decreto 758 de 1990. Agrega que los periodos aducidos solo se pueden tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez únicamente si el empleador omiso, cancela ante la entidad las cotizaciones en pensión no efectuadas en su tiempo a favor del trabajador, con los correspondientes intereses por su pago extemporáneo. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, buena fe, compensación y la innominada o genérica. (Archivo 02 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de febrero de 2020, resolvió **condenar** a la demandada a reconocer y pagar al actor una pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2014, en cuantía inicial de 1 SMLMV, realizando los ajustes anuales pertinentes conforme al IPC; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar al actor la suma de \$54.768.434,54, por concepto de retroactivo pensional causado a partir del 15 de diciembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2021, sin perjuicios de las mesadas que se causen con posterioridad, para lo cual debe considerarse que desde enero de 2022, la mesada equivale a \$1.000.000; **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción, frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de diciembre de 2016; **condenar** a Colpensiones a efectuar la indexación de las sumas reconocidas hasta la fecha efectiva de su pago; **condenar** en costas a Colpensiones. (Carpeta 13 del expediente digital).



Lo anterior por considerar el *A quo*, que conforme a la historia tradicional expedida por Colpensiones, el empleador Modacero reportó la novedad de ingreso del demandante el 2 mayo de 1978, sufragando los aportes correspondientes hasta el 30 de junio 1982, pese a que la novedad de retiro se informó el 2 de enero de 1990, siendo clara la mora patronal y la omisión en el cobro por parte de la accionada. Aduce que al incluir tales periodos en el conteo de semanas de cotización, se obtienen un total de 1.509,71, por manera que el convocante es merecedor de la prestación que reclama en los términos del Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición, pues acreditó 42 años al 1º de abril de 1994 y 1.054,71 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, máxime que causó la pensión de vejez desde el 15 de diciembre de 2011, acotando que esta procede desde el 1º de junio de 2014, día siguiente a la última cotización.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES elevó recurso de apelación contra la anterior determinación en el que afirmó como motivos de disidencia, que el demandante no logró acreditar los requisitos previstos por el Acto Legislativo 001 de 2005, para efectos de extender a su favor el régimen de transición, y por ende, no le es aplicable el Decreto 758 de 1990. Añade que en relación con los ciclos sobre los cuales se aduce inconsistencias, Colpensiones adelantó los procesos de corrección y actualización de la historia laboral y requirió al demandante para que allegara una certificación expedida por el empleador omiso, que diera cuenta de la existencia de la relación laboral y la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, acotando que esos periodos solo pueden considerarse si el dador del laborío cancela las cotizaciones a pensión no efectuadas oportunamente, con los correspondientes intereses ante



su pago extemporáneo. Refiere que en caso de mora en el pago de aportes pensionales por parte del empleador, la obligación de reconocer y pagar las prestaciones económicas recaen en este, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en la ley. Aduce que los jueces de la República, pueden ordenar el pago de los aportes en mora, por lo que en el presente caso se debió integrar el contradictorio con el empleador moroso. Concluye afirmando que el actor tampoco acredita las 1.300 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, por lo que el demandante puede optar por continuar cotizando, o reclamar la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 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,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: Este extremo procesal solicita se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que al demandante no le asiste el derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, pues aunque es beneficiario del régimen de transición, dicho beneficio no puede extenderse a su favor más allá del 31 de julio de 2010, dado que no acredita 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005. Agrega que los periodos reclamados por el convocante solo se pueden tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, únicamente si el empleador omiso cancela ante la entidad las cotizaciones en pensión no efectuadas en su tiempo a favor del



trabajador, con los correspondientes intereses por su pago extemporáneo.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se puede corroborar de la petición que elevó el 7 de febrero de 2012, como así lo informa la Resolución GNR 211661 del 23 de agosto de 2013 (fl. 9).

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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ese extremo, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si el demandante cumple con las previsiones normativas para ser beneficiario de la prestación pensional por vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.



PENSIÓN DE VEJEZ

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, documento de identificación del demandante (fl. 8), Resoluciones GNR 211661 del 23 de agosto de 2013 y GNR 28022 del 29 de enero de 2014 (fls. 9. 12), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 13 a 16), y expediente administrativo allegado por Colpensiones contenido en la carpeta 08 del expediente digital (Cd. a folio 21); probanzas de las cuales se colige, que LUIS DE JESÚS GÓMEZ BLANCO nació el 15 de diciembre de 1951, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2011 cumplió 60 años de edad (fl. 8), en igual sentido, se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente desde el 10 de enero de 1972 hasta el 31 de mayo de 2014 (archivo 08 expediente digital Cd a folio 21); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que la prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Procede por tanto la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se advierte por parte del demandante el acceso a la prestación por el riesgo de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 dispuso:

«ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo».



Sobre el particular, necesario es precisar que le compete a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de construcción de la historia laboral bajo los parámetros del artículo 3 de C.P.A.C.A., a saber, en forma pronta, eficiente y transparente a fin de lograr la progresividad en los derechos pensionales; siendo necesario, que en el citado documento se refleje el comportamiento contable de lo aportado, atendiendo la retribución salarial.

Razón por la cual, las administradoras de pensiones -en un sentir reflexivo- no son simples pagadores, sino que como administradoras están en la obligación de elaborar en forma transparente y cronológica la historia laboral de sus afiliados, recaudando y vigilando celosamente lo cotizado, siendo éstas las responsables ante los afiliados de los errores derivados de inexactitudes y omisiones en los datos de la historia laboral, estando obligadas a asumir las consecuencias que de tales errores se deriven, especialmente cuando a causa de estos se malogra el reconocimiento del derecho pensional. La anterior argumentación se sopesa en pronunciamientos de las Altas Cortes sobre asientos en la historia laboral, entre estas, la sentencia rad. 05001-23-33-000-2016-00462-01(AC) de 14 de julio de 2014 del H. Consejo de Estado, Consejera ponente María Claudia Rojas Lasso, así como por la H. Corte Constitucional al ser reiterativa en señalar la obligación de las administradoras de los fondos de pensiones en lo que atañe a mantener actualizada y proteger la información de los afiliados y, por lo tanto, ser responsables de los yerros e inconsistencias en que incurran frente los datos que han de constar (T-343 de 2014).

Determinaciones jurisprudenciales que conducen a evidenciar la responsabilidad que recae sobre las administradoras de fondos en la protección de los datos pensionales, máxime, cuando la relación entre afiliado y pensionado emana de la confianza depositada por la idoneidad de la entidad ante la complejidad propia del tema pensional,



que a futuro le asegure una vejez. De manera que, fluye innegable la trascendental importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la labor encomendada por ley a las Administradoras de pensiones, por ser estas las llamadas a cumplir y dar vida a la seguridad social.

Se suma a lo anterior, que la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en los casos de mora patronal, ha enseñado que la misma no puede ser trasladada al trabajador, quien no tiene en su haber procedimental los medios judiciales de defensa real de sus derechos cuando es el empleador quien incumple en las obligaciones prestacionales, pues es la entidad administradora de pensiones quien debe ejercer los cobros coactivos correspondientes para la obtención de los aportes no cancelados, de conformidad con el art. 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios No. 1161 y 2633 de 1994. Decisión jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vista, entre muchas, en la sentencia rad. 43023 de 2012, al señalar:

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

Razones precedentes, que permiten entrever el acierto en la decisión emitida por el Juzgado de Conocimiento sobre los ciclos de cotización comprendidos del 1° de julio de 1982 al 2 de enero de 1990, cuyo aporte eran de competencia del empleador Modacero Ltda., pues nótese que conforme a la historia laboral tradicional obrante en el expediente administrativo (carpeta 08 del expediente digital), específicamente en el archivo PDF denominado GJR-NOT-AF2016_12644763, se constata que tal empleador reportó el ingreso del demandante el 2 de mayo de 1978, haciendo aportes hasta el 30 de junio de 1982, pese a que



procedió a reportar la novedad de retiro solo hasta el 2 de enero de 1990, por manera que al no existir cotización de la sociedad en referencia a favor de su trabajador, desde el 1° de julio de 1982, resulta clara la existencia de una mora patronal, al ser evidente la afiliación del demandante por parte de su empleador hasta el 2 de enero de 1990.

En tal contexto, al no acreditar la pasiva haber realizado el trámite de que trata el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, deben ser considerados los ciclos en referencia para el conteo de semanas cotizadas, los cuales equivalen a 2.732 días o a 390,28 semanas adicionales a las 1.131,29 expresamente reconocidas por Colpensiones en la historia laboral obrante en el expediente administrativo que reposa en la carpeta 08 del expediente digital (Cd. a folio 21), sin que le sea exigible, como lo pretende Colpensiones, que se acredite por parte del empleador el pago efectivo de dichos ciclos, pues la omisión en su cobro no debe ser soportada por el trabajador, y menos aun cuando Colpensiones puede desplegar el trámite en mención para el efecto, no siendo por ende necesario que el contradictorio se integrara con Modacero Ltda.; de suerte que, el demandante, acredita un total de **1.522** semanas de cotización, entre el 10 de enero de 1972 y el 31 de mayo de 2014.

De conformidad con lo anotado en precedencia, cumple advertir que el actor ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición hasta el año 2014, al acreditar 42 años al 1° de abril de 1994, como emana de su cédula de ciudadanía (fl. 8) y contar con 1.071,41 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, conforme a la historia laboral allegada por la encartada (Carpeta 08 Cd. a folio 21), a la cual le fueron sumadas las semanas de cotización aquí reconocidas por mora de su empleador Modacero Ltda.

Por tanto, la situación pensional del actor, debe dilucidarse a la luz de los presupuestos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, cuyos requisitos



se encuentran cumplidos en el presente caso, como quiera que cumplió 60 años el 15 de diciembre de 2011 (fl. 8), data para la cual contaba con 1.399,42 semanas de cotización, siendo claro que tiene derecho a la prestación reclamada, tal como lo concluyó la Juzgadora de primer grado.

FECHA DE DISFRUTE Y CUANTÍA

En lo que atañe a la calenda de disfrute de la prestación, juzga conveniente recordar esta Colegiatura los lineamientos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, así:

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

(...)

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

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

En claro lo anterior, esta Sala de Decisión juzga conveniente traer a colación la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011 con



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

Determinación que enseñó:

«En el caso bajo examen, se tiene que la actora efectuó reclamación a la entidad el 17 de mayo de 2005 como se expone en la ya mencionada resolución (...) (...) es pertinente recordar, que si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS. Al respecto, en un asunto de similares características, en sentencia que data del 1º de septiembre de 2009, radicado 34514, se dijo:

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

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



Alusión jurisprudencial que encuentra igualdad de considerandos en la sentencia SL 1353 – 2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al doctrinar *«en esa perspectiva se advierte que, en este caso, la accionada actuó con negligencia al momento de resolver la solicitud del actor al indicarle que debía cotizar semanas adicionales con base en una normativa que no era pertinente. (...) Para efectos del cálculo del monto de aquella, no se deben tener en cuenta los aportes que realizó con posterioridad»* (subraya fuera de texto)

De cara a lo anterior, evidencia esta segunda instancia que en la Resolución GNR 211661 del 23 de agosto de 2013 (fl. 9) se avizora la solicitud pensional radicada el 7 de febrero de 2012; ratificado en Acto Administrativo GNR 28022 del 29 de enero de 2014; a través de las cuales indicaron de manera vehemente la ausencia de derecho a la pensión de vejez, empero, contrario a lo allí descrito y conforme se ha explicado *in extenso* en líneas anteriores, se corrobora que Gómez Blanco cumplía a cabalidad con los postulados del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Circunstancia anterior, que conllevó la continuidad en el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión por el convocante. En esa medida, no cabe duda que el pago de cotizaciones posteriores ocurrieron por una clara desidia de la entidad administradora de pensiones – Colpensiones; hecho que no puede ser trasladado a LUIS DE JESÚS GÓMEZ BLANCO, quien al haber consolidado su derecho tuvo que continuar cotizando ante la negligencia de la entidad al estudiar la pretensión reclamada.

En esa medida, se tendría como fecha de reconocimiento de la pensión el 7 de febrero de 2012, como calenda de *petitum* administrativo conforme a las enseñanzas de la sentencia aludida (rad. 39391 del 22 de febrero de 2011); empero como quiera que el Juzgado de Conocimiento estableció que la fecha de disfrute lo será desde el 1º de junio de 2014, habrá de dejarse incólume tal decisión, dado que ello no



fue discutido por el actor, a más que este punto se revisa conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Ahora, trasladándose a las preceptivas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se determina que para calcular el salario base de liquidación de la pensión debe tomarse el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuera inferior, siempre que haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Bajo los anteriores derroteros, se tiene que el actor es beneficiario de las dos formas liquidatorias de la pensión, al lograr aportar durante toda su vida la suma de 1.522 semanas y 1.406,14 para la data de disfrute, siendo viable en principio efectuar y escoger por favorabilidad el porcentaje que le sea más benéfico. Empero, como quiera que el Juzgado de Conocimiento fijó la mesada en valor equivalente a 1 SMLMV, el tope mínimo posible según la ley, y este aspecto se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, la Sala de Decisión habrá de mantener incólume el valor de la primera mesada pensional fijada por el *a quo*.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (Carpeta 08 expediente digital Cd. folio 21).

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 GÓMEZ BLANCO a la fecha en que elevó la reclamación administrativa, 7 de febrero de 2012, ya había logrado su derecho pensional, sin embargo, dicha solicitud fue resuelta de manera definitiva mediante la Resolución VPB 9265 del 5 de febrero de 2015 (expediente administrativo carpeta 08 Cd. a folio 21) y la demanda ordinaria laboral se radicó el 16 de diciembre de 2019 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 18, siendo indudable que el presente asunto se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo, las mesadas causadas con anterioridad al 16 de diciembre de 2016, como con acierto lo determinó el *a quo*.

De suerte que, al efectuarse la actualización del retroactivo pensional causado a favor del demandante desde el 16 de diciembre de 2016 al 30 de abril de 2022, conforme al artículo 283 del CGP, se tiene que el mismo asciende a la suma de \$58'078.980, el cual se liquidó sobre 13 mesadas al año, conforme el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005; suma que debe pagarse de manera indexada, atendiendo el fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.



Dimanando en que procede la modificación de la sentencia de primer grado, en cuanto al monto del retroactivo pensional causado.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, las mismas estarán a cargo de la parte demandada 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 Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar al señor Luis de Jesús Gómez Blanco, la suma de Cincuenta y Ocho Millones Setenta y ocho mil novecientos ochenta pesos (\$58'078.980), por concepto de retroactivo pensional causado desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2022, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen con posterioridad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda, las mismas estarán a cargo de la parte demandada dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **EDUARDO BAQUERO MÉNDEZ** contra
**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, 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 dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada de Porvenir S.A., a la abogada, Paula Huertas Borda, identificada con C.C.

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»



No. 1.020.833.709 de Bogotá D.C. y portadora de la T. P. No. 369.744 expedida por el C. S de la Judicatura, de acuerdo al poder remitido 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 EDUARDO BAQUERO MÉNDEZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación efectuada el 8 de febrero de 1996, al existir vicio del consentimiento del demandante; por lo que, se debe declarar que nunca se ha efectuado un traslado válido al Régimen de Ahorro Individual y que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene a PORVENIR a registrar que el trabajador nunca se vinculó a dicha entidad; a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación y actualizar la historia laboral; se ordene la devolución de bonos, aportes, rendimientos, comisiones que se encuentran en la cuenta de ahorro individual al RPM; se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y se paguen las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 6 del archivo "*Proceso Ordinario. 2019-00853*", que en síntesis advierten, que, nació el 11 de agosto de 1959; que cotizó desde el 1° de septiembre de 1985 al 31 de diciembre de 1986; que cotizó al RPM; que en febrero de 1996 se trasladó a Porvenir; que no fue informado de las



implicaciones, ventajas y desventajas del traslado; que ha cotizado más de 1.500 semanas; que el 12 de junio de 2019 solicitó se anulara la afiliación a las entidades convocadas a juicio.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado fue realizado sin que se presentaran causales de nulidad que invalidaran tal acto y tampoco se avizoraba na ineficacia al ser estas taxativas. Como excepciones propuso las de, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (fl. 136 archivo denominado “Proceso Ordinario. 2019-00853”)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el formulario de afiliación fue firmado de manera libre y espontánea, recibiendo información idónea. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 228 archivo “Proceso Ordinario. 2019-00853”).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de marzo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 8 de febrero de 1996; **condenó** a Porvenir a transferir a Colpensiones, los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y gastos de administración; **declaró** no probadas las excepciones



propuestas; **condenó** en costas a Porvenir; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Se puede colegir entonces que al actor se le brindo información pertinente del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, pues al efecto se le informó el conocimiento de características propias de la entidad, que permite colegir conocimiento informado de alguna de las condiciones, es así como menciono conocer que sus aportes serían destinados un ahorro privado, que existían varias modalidades para pensionarse, elementos facticos que si bien no fueron aclarados en detalle la forma en la que se indicaron, por lo menos permite colegir un conocimiento informado de esas condiciones, de manera general, por lo menos de régimen privado, no obstante en el caso particular del actor se advierte una total ausencia de la información relacionada con las características del régimen público, pues de lo dicho por él, no puede advertirse, ni tenerse como efectos de confesión judicial, pues no admitió en su momento un conocimiento informado de las condiciones del Régimen de Prima Media, de manera personal, así como tampoco del conocimiento que se le hubiera suministrado por parte del asesor, pues al efecto, frente a ello resalto al régimen público, fue que se le resalto el grave riesgo que corría de su desaparición, y por lo tanto la necesidad de tomar la decisión de trasladarse, en ese orden de ideas, no se puede colegir en el caso del demandante que se cumplió con los parámetros generales, facticos contemplados en la jurisprudencia establecidos como parámetros derroteros y argumentativos de la presente decisión....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colpensiones**, respecto al deber de información considera que no se pueden realizar exigencias legales que no estaban vigentes para la época del traslado, el cual no era otro que el formulario de afiliación; que al demandante se le informó sobre las características del RAIS, brindándose la información respecto a las semanas cotizadas al extinto ISS e información que ya no recuerda, constatándose con ello que, sí le fue brindada una debida asesoría,, por otro lado, debía tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera de la entidad.



La apoderada de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que el demandante hizo uso del derecho de libre elección, de acuerdo a la asesoría brindada; que el actor ha permanecido en el RAIS por más de veinte años; que no es viable aplicar normas emitidas con posterioridad al traslado del afiliado; que con el formulario de afiliación se puede acreditar la información brindada al demandante; que no se debe ordenar la devolución de gastos de administración, al ser estos montos superiores a los aportes realizados por la afiliada.

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 no encontrarse acreditado por Porvenir S.A., que suministró la información idónea al demandante al momento de efectuarse el traslado.

A su turno, **Porvenir S.A.**, reclamó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, al efectuarse el trámite en forma libre y voluntaria, suscribiendo el respectivo formulario de afiliación; que para la época del traslado se cumplieron con los requisitos legales; que el afiliado pudo retornar al RPM pero no lo hizo; que la inconformidad radica en el monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para viciar la voluntad; que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que la AFP ha realizado



una correcta administración de los recursos y efectuó el pago a aseguradoras con dicho dinero.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 50 del archivo "Proceso Ordinario. 2019-00853" del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 1° de octubre de 2020.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por 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 Eduardo Baquero Méndez 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, las contenidas en el archivo, “Proceso Ordinario. 2019-00853”, obrante en el expediente digital, como se relación a continuación, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 30 archivo 03 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 31 archivo 03 y fl. 87 del archivo 11 del expediente digital); simulación pensional efectuada por Porvenir (fl. 37 archivo 03 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas en Pensiones (fl. 41 archivo 03 del expediente digital); peticiones incoadas ante Porvenir y Colpensiones (fl. 46 y 58 archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 59 archivo 03 del expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir



(fl. 62 archivo 03 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 63 archivo 03 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 64 archivo 03 del expediente digital); relación histórica de movimientos Porvenir (fl. 71 archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 93 archivo 03 del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 09 del expediente digital).

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

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

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



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

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

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

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

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

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando***



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial,



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones



deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de 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 es imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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 20 de agosto de 1987 al 29 de febrero de 1996, tal como se advierte de la historia laboral acopiada por el demandante como por Colpensiones, para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 8 de febrero de 1996 (fl. 88, 253, 311 del archivo “Proceso Ordinario. 2019-00853” obrante en el expediente digital), 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 ser reiterativo en informar que, trabajaba en el área de la salud, cuando se trasladó de régimen, que su empleador, programó sendas reuniones con los fondos de pensiones, pero él solo pudo asistir a una de ellas.

En la charla brindada, le explicaron sobre el sistema pensional, los beneficios que tendría si se trasladaba del Instituto de Seguros Sociales a Porvenir, al auscultársele sobre este punto, informó que, la información brindada correspondía a las varias formas de pensionarse, que iba a tener un ahorro privado y que los fondos eran muy parecidos al Seguro Social, sin embargo, no le hablaron de los rendimientos que generarían sus aportes, tampoco de ahorros voluntarios ni de la posibilidad de heredar los aportes pensionales.

Resaltando el asesor del fondo que, el trámite ante esta entidad iba a ser más fácil.



A pesar de haber firmado el formulario de afiliación, se sintió coaccionado, al pensar que el fondo era la única opción que tenía para pensionarse, además al no indicársele como se constituiría la nueva empresa pensional o que reemplazaría al Seguro Social se sintió con más incertidumbre que certeza frente a su futuro pensional.

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

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

(...)

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

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

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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor del demandante, Eduardo Baquero Méndez, dado el resultado de la alzada.



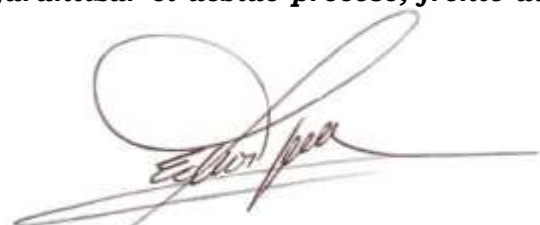
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

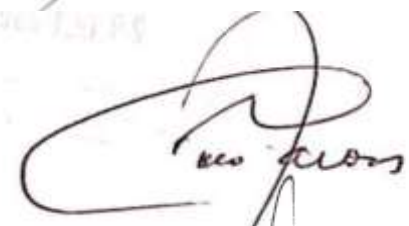
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 4 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **EDUARDO BAQUERO MÉNDEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - 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 la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HÉCTOR FABIO HUELGOS MUÑOZ** CONTRA **FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HÉCTOR FABIO HUELGOS MUÑOZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 2 de febrero de 2012, el cual continua vigente por virtud de decisión proferida en sede de tutela; así mismo, se declare que la terminación del vínculo que tuvo lugar el 2 de mayo de 2017, lo fue de forma unilateral y sin justa causa, y cuando era titular de la estabilidad laboral reforzada, por lo que tal determinación es ineficaz; como consecuencia, se condene a su reintegro sin solución de continuidad, a un cargo acorde a su estado de salud, junto con los salarios dejados de percibir desde el mes de marzo de 2017, las cesantías e intereses causados desde la fecha del despido, las primas de servicios generadas desde el 1° de enero de 2017, vacaciones generadas a partir del año 2013, aportes a seguridad social, y demás prestaciones e indemnizaciones que resulten de la aplicación de la C.P., el CST y la Ley 361 de 1997; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, folios 2 a 3, 126 y 131 a 133 del expediente digital.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 6 archivo 01 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 2 de febrero de 2012 suscribió contrato de trabajo para desempeñar el cargo de auxiliar de carga o de bodega, siendo ubicado en el año 2014, en el cargo de bodeguero, el cual ejecutó en el horario de 7:30 a.m. a 9:00 p.m. o 12:00 p.m., hora de salida que dependía de la cantidad de trabajo. Refiere que su remuneración inicialmente ascendió al salario mínimo legal mensual vigente, no obstante, a partir del año 2014, fue modificado en la suma de \$920.000 incluido el auxilio de transporte, más una bonificación permanente de \$100.000, valores que se mantuvieron hasta el 9 de diciembre de 2015. Que en esta data estando ubicado en la carrera 26 con calle 5, mientras se dirigía a su lugar de trabajo en su motocicleta,



siendo las 7:20 a.m. fue colisionado por el vehículo de placas “HB3274”, que le generó graves lesiones en sus dos miembros inferiores. Agrega que inicialmente fue atendido en la Sociedad de Cirugía de Bogotá-Hospital San José, institución donde permaneció hospitalizado 15 días, al presentar fractura de la Epifisis Inferior de la Tibia y fractura de la Diáfisis de la Tibia, en los dos miembros inferiores. Aduce que el 13 de enero de 2016, fue valorado por Medicina Legal, en cuyo reconocimiento se le determinó una incapacidad provisional de 80 días, además, la Sociedad de Cirugía de Bogotá del Hospital San José le generó una incapacidad laboral ininterrumpida desde el 9 de diciembre de 2015 hasta el 4 de enero de 2017, al término de la cual no pudo obtener cita para su prórroga por falta de agenda de su EPS, situación que informó a la señora Bibiana Cortés Sánchez como Jefe de Recursos Humanos de la encartada, quien al observar su imposibilidad física para prestar sus servicios, le indicó que permaneciera en su casa e insistiera para obtener la incapacidad, en aras de allegársela lo más pronto posible.

Indica que el 6 de febrero de 2017, el especialista de ortopedia y cirugía de mano le ordenó un procedimiento denominado Extracción de dispositivo implantado en Tibia o Peroné-Corrección Seudio Artrosis Huesos Largos Miembro Inferior (retiro de material), curetaje, desbridamiento, injertos óseos, osteotomía u ostectomía y nueva osteosíntesis-lisis de adherencia de tendón o tenolisis; empero dicho profesional se negó a extenderle su incapacidad hasta tanto no le fuera autorizada la intervención, lo cual le fue informado a la Jefe de Recursos Humanos de la demandada, quien le insistió que no se encontraba en capacidad de laborar, y por ello le indicó que se quedara en su casa y que una vez le fuera realizado el procedimiento, allegara la incapacidad correspondiente. Añade que a la fecha el procedimiento indicado aun no se ha llevado a cabo por falta de autorización de la EPS; que continuó percibiendo salarios por los meses de enero, febrero y marzo de 2017; además, el 2 de mayo de 2017, recibió la llamada de la Subgerente de la



encartada, la señora Ivonne Martínez, quien le pidió explicaciones sobre las razones por las cuales no había allegado a la empresa las distintas incapacidades, y ante la explicación que se le brindó sobre lo ordenado por la Jefe de Recursos Humanos, aquella decidió dar por terminado el vínculo laboral que los ató. Manifiesta que el 14 de mayo de 2017, la demandada lo desafilió del Sistema de Seguridad Social, lo cual implicó la interrupción de su tratamiento y de su proceso de rehabilitación. Que formuló acción de tutela, la cual fue fallada en el sentido de amparar los derechos fundamentales invocados y ordenar su reintegro de manera provisional, hasta tanto se promueva el proceso ordinario respectivo, determinación que fue confirmada por el superior. Concluye indicando que pese a ser reintegrado por la empresa, su representante legal le indicó que se fuera para su casa mientras lograba su recuperación, asegurándole que sus salarios le serían reconocidos, sin embargo, a la fecha no ha recibido los mismos y tampoco ha sido afiliado nuevamente a su EPS.

Mediante auto de fecha 28 de enero de 2018, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por **FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S.** (fl. 174).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 13 de octubre de 2021, resolvió **declarar** que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 2 de febrero del año 2012 y el 2 de mayo del 2017, finiquito que tuvo lugar en esta última data y que se entiende ineficaz; **condenar** a la demandada a mantener la vinculación laboral del demandante, en el marco del reintegro, dispuesto por orden constitucional, ya no de manera transitoria, sino de manera definitiva; **condenar** a la demandada a pagar al demandante los salarios



dejados de percibir, desde el mes de marzo del año 2017 y hasta cuando se materializó el reintegro, a consignar la cesantías causadas durante el tiempo en el que estuvo desvinculado, con destino al fondo de cesantías al cual esté afiliado el trabajador. Igualmente, a pagarle intereses de cesantías, en la oportunidad legalmente establecida, sin lugar a hacer deducción de tiempo alguna; al pago de la prima de servicios causada entre la fecha de desvinculación y la fecha en que se materializó el reintegro, así como el pago de aportes al sistema de Seguridad Social en salud y en pensiones, generados desde la desvinculación y hasta cuando se materializó su reintegro en el marco del amparo constitucional transitorio, junto con la suma de \$5'519.880 a título de indemnización en los términos del artículo 26 de la ley 361 de 1997. En lo que a vacaciones se refiere, ordenó que deberán serle concedidas las causadas en vigencia del vínculo contractual laboral, sin lugar a deducción de tiempo por el lapso en que dejó de prestar sus servicios, coordinando de manera adecuada para que haya un descanso efectivo; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y costas a cargo de la pasiva. (Archivo de audio 11 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, se acredita la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 2 de febrero de 2012 que se encuentra vigente por orden de juez constitucional, conforme a las documentales allegadas al proceso y la declaratoria de confeso del extremo pasivo en la totalidad de los hechos de la demanda, por la ausencia de su representante legal a la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS. Añade que el 2 de mayo de 2017, cuando a la parte activa se le comunicó la terminación del vínculo laboral, se encontraba amparada por la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que de conformidad con el dictamen emitido por Protección en conjunto con Sura, el actor presenta una PCL del 23,3%, estructurada el 3 de mayo de 2017 por evento de origen común, por manera que al no demostrar la encartada que elevó solicitud tendiente a obtener la autorización de despido ante el Ministerio del Trabajo, tal decisión se torna ineficaz, siendo procedente el reintegro junto con el pago de las acreencias laborales en virtud del artículo 140 del CST, pues pese a que el demandante no prestó el servicio por un lapso al no contar con incapacidad



médica, ello lo fue por disposición de la Jefe de Recursos como representante de la empresa. Concluyendo que el dador del laborío debe mantener de manera permanente la orden de reintegro dispuesta por orden constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDADA interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de reparo que, el despido del demandante se sustentó en una justa causa, por cuanto incumplió sus obligaciones contractuales y legales, al no ejecutar las labores para las cuales fue contratado y dejar de asistir a su lugar de trabajo por más de 4 meses sin justificación alguna, cobrando a la vez salarios e incapacidades como de mala fe lo hizo; todo ello, abusando de la consideración tenida en su momento por la jefe de recursos humanos, quien sólo le otorgó un permiso que no era permanente, para acudir al médico tratante, al notar que no gozaba de buena salud. Añade que de la declaración rendida por la señora Viviana Cortés, es claro que desde la fecha la última incapacidad hasta la data en que se comunicó el despido, el actor no allegó ninguna licencia por enfermedad y tampoco realizó ninguna diligencia tendiente a la práctica de la cirugía que se encontraba pendiente. Aduce que la discapacidad laboral del convocante fue determinada con posterioridad a la data de despido, esto es en el mes de julio de 2017 y es por ello que el convocante interpuso la acción de tutela que le concedió el amparo transitorio, a más que el origen dado en esa calificación, lo fue común porque devino de un accidente automovilístico que tuvo lugar por la negligencia del trabajador, por manera que la empresa ha sido víctima de la mala fe y de la temeridad con la cual ha actuado el accionante. Refiere que el Juzgado de Conocimiento desconoció los derechos de la pasiva, al declararla confesa por su inasistencia a la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT, pues no consideró que las pruebas allegadas a la proceso permiten emitir una sentencia a su favor, resaltando que conforme lo ha definido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, toda confesión puede ser infirmada por otro medio de prueba, en la medida que el juez



laboral está orientado por el principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de prueba, conforme a la sentencia SL6849 de 2016. Concluye afirmando que la prueba testimonial, los interrogatorios de parte y las pruebas documentales permiten establecer que los hechos en que se fundamentó la demanda, carecen de veracidad.

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 En el debate probatorio quedó demostrado el despido injusto por encontrarse el trabajador amparado por el fuero especial de estabilidad laboral reforzada, debido a la lesión que sufrió por causa del accidente de tránsito, lo que significó que el Juez de Primera Instancia despachara favorablemente la pretensión de reintegro laboral y las demás condenas dinerarias a cargo de la parte demandada.

Parte demandada: Refiere la encartada que el demandante, una vez venció su última incapacidad el día 4 de enero de 2017, no se presentó a su lugar de trabajo, por manera que incumplió las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo e incurrió en falta grave al no ejecutar las labores para las cuales fue contratado al no comparecer el 5 de enero de 2017. Añade que si bien el actor tenía pendiente un procedimiento médico, lo cierto es que hasta el 25 de mayo de 2017, no efectuó ninguna diligencia ante su EPS a efectos de programar la realización de su cirugía.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo pasivo, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si al momento de la desvinculación de HÉCTOR FABIO HUELGOS MUÑOZ se encontraba resguardado por estabilidad laboral reforzada que impedía el fenecimiento del nexo y, que concluya, en su reintegro, o si por el contrario, era posible el finiquito al existir una justa causa de despido.

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 fue objeto de reparo por la llamada a debate; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, fallo de tutela datado 17 de junio de 2017 proferido por el Juzgado 24 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá (fls. 24 a 32), sentencia confirmatoria de fecha 21 de julio de 2017 proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá (fls. 18 de 21), fotografías allegadas por el accionante (fls. 37 a 39), dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Suramericana (fls. 40 a 44), historia clínica de la parte activa (fls. 45 a 116), informe pericial de clínica forense (fls.

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



117 a 118), informe policial de accidente de tránsito y croquis (fls. 119 a 120), manifiesto de accidente de tránsito (fl. 121), certificado de incapacidad (fl. 189), formato de actualización de datos (fl. 190), carta de terminación del contrato de trabajo y certificación de envío (fls. 191 a 192), certificación de pagos por concepto de subsidio por incapacidad temporal (fl. 193), acta de reintegro del demandante (fl. 194), autorización de descuentos (fl. 195), autorización de vacaciones (fls. 196 a 197), derecho de petición elevado ante la EPS Salud Total y sus respuestas (fls. 198 a 202), e interrogatorios de parte rendidos por la parte actora y la representante legal de la pasiva, al igual que las declaraciones rendidas por los testigos Jazmin Aguilar Munera y Martha Cecilia Munera; probanzas de las cuales se colige, que HÉCTOR FABIO HUELGOS MUÑOZ trabajó al servicio de la demandada, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 2 de febrero de 2012, para desempeñar el cargo de auxiliar de bodega, a cambio de una remuneración equivalente al SMLMV más auxilio de rodamiento, el cual si bien fue terminado el 2 de mayo de 2017, conforme al hecho que se tuvo por cierto por parte del *a quo*, aún se encuentra vigente por decisión transitoria proferida por el Juzgado 24 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá el 13 de junio de 2017 en sede de tutela, confirmada por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2017; lo anterior, conforme a lo aceptado por la representante legal de la demandada en su interrogatorio (Cd. a folio 187) y los legajos militantes a folios 23 a 36 y 194 de las diligencias; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio a la determinación judicial de primera instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN LEY 361 DE 1997

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 7° 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 efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. 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, descende esta Sala a zanjar los reparos presentados por la pasiva que, se centran en advertir que el actor no gozaba de la protección deprecada a la data del finiquito, y en todo caso, fue despedido con sustento en una justa causa.

Aclarado lo anterior, evidencia esta Sala de Decisión que obran las siguientes probanzas:

1. Informe Policial de accidente de tránsito ocurrido el 9 de diciembre de 2017 en el que estuvo involucrado el demandante como conductor de una motocicleta (fl. 119).
2. Historia Clínica en la cual se refiere que con ocasión al siniestro en referencia, al convocante la fue diagnosticado fractura abierta de la tibia grado I y fractura de maeolo medial izquierdo, que requirió de hospitalización hasta el 12 de diciembre de 2015 (fls. 80 a 83).
3. Certificados de incapacidad por los siguientes períodos: del 11 de enero al 09 de febrero de 2016, del 10 de febrero al 10 de marzo de 2016, del 11 de marzo al 09 de abril de 2016, del 10 de abril al 9 de mayo de 2016, del 10 de mayo al 8 de junio de 2016, del 9 de junio al 8 de julio de 2016, del 8 de agosto al 6 de septiembre de 2016, del 7 de septiembre al 6 de octubre de 2016, del 7 de octubre al 5 de noviembre de 2016, del 6 de noviembre al 29 de noviembre de 2016, del 30 de noviembre al 9 de diciembre de 2016, del 6 diciembre de 2016 al 4 de enero de 2017 (fls. 58, 59, 60, 64, 65, 66, 68, 69, 73, 74, 75 y 92).
4. Control con la especialidad de ortopedia de fecha 7 de febrero de 2017, en el cual se le ordenó al demandante procedimiento para extracción de dispositivo implantado en tibia y corrección de



seudoatrosis en huesos largos de los miembros inferiores (fls. 46 a 50).

5. Dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Suramericana de fecha 10 de mayo de 2017, en el cual se le determinó al demandante una PCL del 23,3%, por accidente de origen común y fecha de estructuración 3 de mayo de 2017 (fls. 40 a 44).

Sobre los documentos referenciados, ha de advertirse que no han sido tachados de falsos, ni reargüidos 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.

Ahora bien, en lo que refiere a las declaraciones rendidas en el proceso, se tiene que tanto el demandante como las testigos Martha Cecilia Munera y Jazmin Munera indicaron al unísono que con ocasión al accidente de tránsito que padeció el demandante, este estuvo incapacitado de manera ininterrumpida hasta el 4 de enero de 2017, y que si bien compareció ante la encartada para retomar sus labores, la Jefe de Recursos Humanos al verlo aun en delicado estado de salud, le indicó que se devolviera para su casa y allegara la respectiva incapacidad una vez le fuera expedida. En igual sentido, el demandante afirmó que en mayo de 2017 el mensajero de la empresa le informó que había sido despedido (Archivos 018 y 020 del expediente digital).

Por su parte, la representante legal de la demandada, indicó en relación con el estado de salud del demandante, que tuvo conocimiento del accidente de tránsito que este padeció y que fue incapacitado durante un lapso de alrededor de un año. Añadió que no tiene conocimiento que después de vencida la última licencia por enfermedad, el actor haya comparecido a laborar y, si bien se le continuó efectuando pagos por



concepto de salario, pese a no prestar el servicio y no contar con ninguna incapacidad, lo cierto es que en el proceso de auditoría que se realizó, la Jefe de Recursos Humanos no supo dar explicaciones de tal situación, agregando que ante la inasistencia injustificada del convocante a la empresa, se le extendió la carta de despido por abandono del cargo, que le fue enviada a la dirección que este informó, no obstante, la misma fue devuelta bajo la causal dirección errada (Archivo 07 del expediente digital).

En ese orden y a juicio de esta Sala, es dable referir que a la fecha del finiquito, que fue determinada por el Juzgado de Conocimiento para el 2 de mayo de 2017 y no discutida en esta instancia, el convocante sí se encontraba en un estado de debilidad manifiesta al presentar una afectación de salud que era incompatible con sus funciones, contrario a lo referido en la alzada, pues aunque su última incapacidad venció 4 de enero de 2017 (fl. 56) y el dictamen de pérdida de capacidad laboral fue emitido con posterioridad a esa terminación, esto es, el 10 de mayo de 2017, con fecha de estructuración igualmente posterior (fls. 41 a 44), lo cierto es que su tratamiento médico aún se encontraba en curso previo al despido, pues nótese que desde el 7 de febrero de 2017, el especialista en ortopedia, ordenó al demandante la extracción de dispositivo implantado en tibia y corrección de pseudoartrosis de los huesos largos de miembro inferior, como se observa en los legajos militantes a folios 46 a 51.

Procedimiento que a la fecha de presentación de la demanda no había sido realizado y que era de conocimiento de la demandada, conforme a los hechos 17, 18 y 19 de la demanda, sobre los cuales recayó la presunción de veracidad, ante la inasistencia del representante legal de la pasiva a la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, misma que contrario a lo referido en la alzada, no se encuentra desvirtuada por ningún medio de convicción, y menos aún por los testimonios allegados por el demandante, pues nótese que estos refirieron que una vez vencida



la última incapacidad, este compareció a las instalaciones de la empresa, sin embargo, no se le permitió laborar por parte de la Jefe de Recursos Humanos de la encartada, quien con sustento en su estado de salud, le ordenó regresar a su casa, pese a no contar con ninguna orden de incapacidad.

De suerte que, al no existir en el plenario prueba documental o declaración, que infirme los presupuestos fácticos en referencia, debe la Sala imprimirle todos los efectos a la presunción de veracidad debidamente aplicada por el Juzgado de Conocimiento en la audiencia celebrada el 4 de junio de 2019 (Archivo 04 del expediente digital); por tanto, es claro que, se *itera*, a la fecha del despido, el demandante tenía en curso su tratamiento médico, a más que el padecimiento generado por el accidente de tránsito del que fue víctima, esto es, fractura de la diáfisis de la tibia aún no se había resuelto, lo cual era de conocimiento de la encartada por conducto de la Jefe de Recursos Humanos.

Puestas así las cosas, no existe duda para este Tribunal que el actor se encontraba amparado por la protección que deprecia, por manera que correspondía al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo lo fue con justa causa, misma que debe proceder a verificar la Sala partiendo del hecho 21 de la demanda, dado que sobre este pesa la presunción de veracidad declarada por el *a quo* y no se constata prueba que lo desvirtúe.

Así se tiene, que conforme a dicho presupuesto fáctico el actor fue despedido el 2 de mayo de 2017, por parte de la señora Ivonne Martínez, quien para el efecto le adujo que no había regresado a sus labores y tampoco había allegado incapacidad médica (fl. 5).

Motivación que en efecto se encuentra demostrada en el informativo, a partir del dicho de las testigos y de lo afirmado por el propio demandante



en su interrogatorio de parte; empero dicha situación no puede ser interpretada como un incumplimiento de las obligaciones del trabajador, que emanan del contrato de trabajo, ni alcanza a configurar alguna de las causales previstas en el literal A del artículo 62 del CST, puesto que la inasistencia del demandante a su lugar de trabajo sin la existencia de incapacidad, atendió a una orden proveniente de uno de los representantes del dador del laborío, esto es, de la Jefe de Recursos Humanos, quien en vez de disponer la reubicación del trabajador atendiendo su estado de salud, le impidió retornar a sus labores habituales, e igualmente le indicó que debía permanecer en su casa mientras se le expedía una nueva orden de incapacidad y hasta tanto se llevara a cabo el procedimiento quirúrgico que le fue ordenado. Lo anterior, conforme a los hechos 17 y 18 de la demanda, que como se advirtió fueron tenidos por ciertos por el *a quo*, lo cual debe ratificar la Sala de Decisión al no existir prueba en contrario.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado, en la medida que contrario a lo afirmado por la encartada, el finiquito no se sustentó en una justa causa, pues el actuar del trabajador estuvo precedido de una orden proveniente de su propio empleador.

Finalmente, en lo que concierne a las condenas impuestas en primera instancia, las mismas habrán de quedar incólumes, al no existir reparo alguno sobre ellas en la alzada.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. reconstruida en audiencia pública virtual celebrada el 13 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HÉCTOR FABIO HUELGOS MUÑOZ** contra **FERRETERÍA ANDRÉS MARTÍNEZ S.A.S.**, 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 estarán a cargo de la parte demandada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MATILDE SÁNCHEZ MALDONADO** contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, 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 veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a María Claudia Tobito Montero, identificada con C.C. No. 1.020.786.735 de Bogotá y portadora de la T.

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»



P. No. 300.432 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, 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 MATILDE SÁNCHEZ MALDONADO, solicita se declare que fue indebidamente asesorada por COLFONDOS a la hora de trasladarse del RPM.

Como consecuencia de lo anterior, reclama sea declarada la nulidad del traslado y se ordene a COLFONDOS a trasladar los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES y a dicha entidad a aceptar el traslado; se imponga condena en costas y agencias en derecho; se condene ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 6 a 9 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 20 de diciembre de 1958, que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales, un total de 988 semanas; que el 13 de agosto de 2003 se trasladó a Colfondos; que la decisión fue adoptada conforme a la información suministrada por la asesora del RAIS; que no fue informada sobre las alternativas de ahorro voluntario; que solicitó un estudio pensional a Colfondos; que la entidad le brindó respuesta en dos oportunidades, pero con información opuesta; que la mesada pensional entre las dos entidades resultan totalmente disímiles; que las promesas realizadas por Colfondos no se cumplieron; que existe un vicio del consentimiento al haberse efectuado el traslado mediante



engaño; que solicitó su traslado a Colpensiones pero este fue negado con comunicación de abril de 2019.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, a pesar de no dirigirse estas contra la entidad, en caso de una condena se impondría una condena indirecta contra Colpensiones. Como medios **exceptivos** propuso los de, 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; innominada o genérica (fl. 93 archivo 01 del expediente digital).

La **PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES Y LABORALES** intervino en el proceso, señalando que era la demandante quien debía demostrar los vicios del consentimiento a la hora de efectuarse el traslado de régimen (fl. 134 archivo 01 del expediente digital).

Con auto del 14 de julio de 2021, el juzgado de conocimiento dio por no contestada la demanda por parte de la demandada, Colfondos (archivo 3 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de febrero de 2022, resolvió; **declarar** la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante el 13 de agosto de 2003; **ordenó** a Colfondos trasladar los



aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones que se encontraran y se hubieren generado en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones; **ordenó** a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad; **declaró** no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones; **condenó** en costas a las demandadas; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...De las pruebas que se allegaron por las partes en el proceso y conforme a lo reglado en el artículo 60 y 61 del código procesal del trabajo y la Seguridad Social debe indicarse que en este caso objeto de estudio no obra ningún medio probatorio de condición que de certeza y veracidad suficiente de que Colfondos al momento de afiliar a la señora demandante al RAIS en el año 2003 le hubiese suministrado información clara, veraz precisa, comprensible, detallada, respecto a las consecuencias que le tenía su futuro pensional, la decisión de trasladarse a ese fondo privado situación que sí constituye una falta al deber de información en los términos legales y jurisprudenciales previamente relacionados. la prueba práctica solicitada por Colpensiones no se deduce ningún tipo de confesión donde efectivamente el fondo privado hubiera cumplido con su obligación legal de suministrar la información necesaria Al momento de trasladarla de régimen pensional en el año 2003 y debe tenerse en cuenta esa flagrante omisión de colfondos que en el curso del proceso no se aportó ninguna prueba de la información que se le suministró a la demandante, de los conocimientos y formación que tenía el asesor que hizo el traslado de régimen pensional a Colfondos, siendo esa parte la que está en mejor posición de demostrar probar la información que se le suministró a la demandante al momento de trasladarse...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia dado que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a la entidad; que para la fecha en que se efectuó el traslado no se exigía documento o información adicional al vertido en el formulario de afiliación, que se encuentra ratificada la voluntad de afiliación al



permanecer en el RAIS; que no se encuentran acreditados vicios del consentimiento en el decurso del trámite procesal.

La apoderada de **Colfondos**, interpuso recurso parcial contra la sentencia de primera instancia, respecto a la condena impuesta por gastos de administración y comisiones, al estimar que estos descuentos se encuentran autorizados por la Ley que no hacen parte integral de la pensión, y que al no ser objeto de reclamación han sido objeto el fenómeno prescriptivo, que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, el ordenar la devolución indexada de los aludidos emolumentos; que se ordene la indexación únicamente frente a estos conceptos y no frente a todos los rubros que se ordenan reintegrar.

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**, suplica se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, no se encontró acreditado el suministro de la información idónea a la demandante, incumpléndose de esta manera los deberes por parte del fondo de pensiones.

La parte **demandada Colpensiones**, considera que no se debió invertir la carga de la prueba; que la demandante tampoco acreditó el cumplimiento de sus obligaciones como consumidora financiera; que se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad al afiliarse a una persona que no ha efectuado cotizaciones al sistema por espacio superior a 15 años.



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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, valga precisar que la ineficacia del traslado perseguida en esta jurisdicción no fue objeto de reclamación ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, previo a la radiación de la demanda.

No obstante, lo anterior no tiene vocación suficiente para invalidar las actuaciones hasta ahora surtidas pues, la falta de reclamación administrativa es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

«Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada...” Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no



se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.» sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entiende prorrogada la competencia en esta Sala de Decisión, para decidir el conflicto avocado, como en efecto se hará, máxime que la solicitud de traslado a Colpensiones presentada el 9 de abril de 2019 (fl. 57), no es suficiente para tener como agotado dicho requisito.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por 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 Matilde Sánchez Maldonado al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues



resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 27 archivo 01 del expediente digital); petición incoada a Colfondos (fl. 30 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Colfondos y Colpensiones a petición (fl. 33, 49 y 59 archivo 01 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 38 y 52 archivo 01 del expediente digital); reporte de días cotizados emitido por Colfondos (fl. 42 archivo 01 y fl. 3 del archivo 09 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos y Colpensiones (fl. 57 y 58 archivo 01 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 2 archivo 09 del expediente digital); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 9 archivo 09 del expediente digital); cálculo rentabilidad emitido por Colpensiones (fl. 5 archivo 12 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles



en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la



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

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

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

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

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

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

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

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



y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible



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

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

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula***



genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió



esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de



septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 12 de agosto de 2003, tal como se advierte del certificado SIAFP emitido por Asofondos y se corrobora con el certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que no fue acopiada la historia laboral, por ninguno de los intervinientes litigiosos, conforme a ello, solicitó su traslado a la AFP Colfondos S.A., el 12 de agosto de 2003 (fl. 2 del archivo 9 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.



Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en informar que, empezó a cotizar al extinto Instituto de Seguros Sociales en el año 1981 y cuando se crean los fondos privados, empezaron a asistir a la empresa en que trabajaba para la época, informándole la importancia de pasarse a un fondo privado, por la rentabilidad que se generaba a su favor y por cuanto la mesada pensional sería más alta que en el RPM y de permanecer en el Instituto se quedaría sin nada.

Que el señor Vicente Sanabria, quien la asesoró para su traslado, le informó que podía pensionarse cuando ella quisiera y en caso de no pensionarse le devolverían el dinero; que por inconvenientes personales con su cónyuge y dados los beneficios planteados, decidió trasladarse a Colfondos.

Cuando efectuó el traslado, informó que tenía más de 45 años de edad y ya no podía retornar a Colpensiones, por la edad y el tiempo de permanecía que se le exigía cumplir en Colfondos.

También indicó que suscribió el formulario en forma libre y voluntaria, aunque, no lo diligenció, ya que los datos ya se encontraban tramitados; que recibe extractos de Colfondos; que no le han suministrado información adicional; que cuando cumplió la edad para pensionarse se dirigió a Colfondos para que le informaran en cuánto le quedaría su mesada pensional, y estos le dijeron que la misma quedaría en más o menos \$1.100.000, monto que no le alcanza para cubrir sus obligaciones pecuniarias, máxime que tiene dos hijos a su cargo.

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

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



(...)

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

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

Fue alegado en la alzada, el estudio del fenómeno prescriptivo, por parte de Colfondos, sin embargo, en este punto, debe precisarse que, al darse por no contestada la demanda por parte del ente apelante, no es posible estudiar tal medio exceptivo.

Pese a lo anterior y dado que, la demandada Colpensiones, frente a la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta propuso la excepción de prescripción, 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.

Pese a que la apoderada de Colfondos reclama que no se debe ordenar la devolución de los aportes y gastos de administración debidamente indexados al Régimen de Prima Media, esta Colegiatura, confirmará la decisión de primera instancia, en lo tocante a ordenar el traslado de tales conceptos, debidamente indexados, por el período en que la demandante permaneció afiliada a Colfondos, de acuerdo a los argumentos esgrimidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral (sentencia SL4360 de 2019 y sentencia SL4811 de 2020).

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 las costas están a cargo de la AFP Colfondos S.A., y Colpensiones a favor de la demandante, Matilde Sánchez Maldonado, 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,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 25° de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MATILDE SÁNCHEZ MALDONADO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS**.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

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

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, larger signature in blue ink.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **WILLIAM FERNANDO VÁSQUEZ GÓMEZ** CONTRA **PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL Y WESTON S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **WILLIAM FERNANDO VÁSQUEZ GÓMEZ**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral, pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL S.A.S., el cual se encuentra vigente desde el 28 de septiembre de 2017, e igualmente, que en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es ineficaz el finiquito que tuvo lugar el 1º de agosto de 2018, y finalmente, que existió culpa por parte de su empleador y la accionada WESTON S.A.S. en el accidente de trabajo del que fue víctima. Como consecuencia, condenar a PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL S.A.S. a reintegrarlo en el cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro igual o de superior jerarquía que sea compatible con las recomendaciones dadas por su médico tratante, junto con el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, dejados de percibir desde la fecha de su despido y hasta la fecha del reintegro ordenado por el juez de tutela, así como la sanción por falta de pago de intereses a las cesantías y sanción por falta de consignación de las cesantías. Finalmente, solicita que se condena a ambas demandadas a reconocer y pagar a su favor la indemnización total y ordinaria de perjuicios, esto es, los daños materiales bajo la modalidad de daño emergente y lucro cesante, daños morales objetivados y subjetivados, perjuicios fisiológicos, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 3 a 6).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 6 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten que celebró un contrato individual de trabajo por la duración de la obra o labor contratada con Productividad Empresarial S.A.S., el cual se ejecutó desde el 28 de



septiembre de 2017, para desempeñar el cargo de ayudante de planta en la sociedad Weston S.A.S., a cambio de un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente. Que el 20 de noviembre de 2017 sufrió un accidente de trabajo cuando estaba descargando una lámina con unos compañeros, acotando que uno ellos cayó encima de su rodilla en el momento en que se rompió un lazo, circunstancia que dio lugar a los diagnósticos de esguince y torceduras que comprometen los ligamentos laterales de la rodilla y contusión en la rodilla, al igual que órdenes de distintas incapacidades, durante los meses de noviembre y diciembre de 2017, y en los meses de enero y octubre de 2018. Refiere que para tratar su condición de salud le fueron ordenadas más de 30 terapias y el 12 de enero de 2018 la ARL Sura emitió recomendaciones laborales tales como desplazamientos por terrenos regulares, evitar saltos, sobrepasar, subir o bajar escaleras de forma permanente, manipular cargas hasta los 15 kg y realizar seguimiento.

Aduce que el 1º de agosto de 2018 el dador del laborio le comunicó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, sin contar con previa autorización del Ministerio del ramo, por tanto, formuló acción de tutela contra las demandadas, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero (3º) Municipal de Pequeñas Causas Laborales, autoridad que en sentencia del 18 de enero de 2019 ordenó a su empleadora restablecer el contrato de trabajo, junto con el pago de salarios, prestaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, e igualmente, que se formule la demanda ordinaria laboral dentro de los 4 meses siguientes a su ejecutoria; decisión que fue confirmada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 27 de febrero de 2019. Indica que el 28 de enero de 2019, se formalizó su reintegro, e igualmente, le fue pagado el valor de \$5.084.890, por concepto de salarios, primas de servicios y cesantías causados desde el 2 de agosto de 2018 hasta el 28 de enero de 2019. Sostiene que el 23 de mayo de 2019 le fue practicada una cirugía de reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto autólogo,



además, le fueron ordenadas varias incapacidades entre el 23 de mayo y el 21 de junio de 2019, y entre el 22 de junio y el 21 de julio de 2019. Que actualmente se encuentra en tratamiento médico y sin concepto favorable de rehabilitación; finalmente, durante la época en la cual se desempeñó como ayudante, no recibió elementos de protección para el levantamiento de cargas, la cuales superaban los límites permitidos, y es por ello que se presentó la ruptura del laso que venía sosteniendo el cargue de las láminas, que devino en su accidente de trabajo.

CONTESTACIÓN: La demandada **WESTON S.A.S.** contestó el *libelo introductor* oponiéndose a las pretensiones, aduciendo para el efecto que el empleador del actor para todos los efectos, lo fue la codemandada Productividad Empresarial S.A.S.. Añade que siempre cumplió con la obligación de entregar al demandante como trabajador en misión, las herramientas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones a su cargo, además, contaba con todos los elementos de protección personal y al momento en que se produjo el accidente, contaba con el Manual del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual se ha acatado a cabalidad. Concluye indicando que en el presente caso no se reúnen los presupuestos que establece el artículo 216 del CST para que se declare la culpa patronal en cabeza suya. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, compensación y pago, inexistencia de culpa patronal, buena fe, prescripción y la genérica (folios 202 a 266).

A su turno, la demandada **PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL S.A.S.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando en síntesis que la relación laboral celebrada con el demandante culminó el 1º de agosto de 2018 por el cumplimiento de una causa legal y objetiva de terminación en virtud del artículo 61 del CST literal d), correspondiente a la culminación de la obra o labor contratada, por manera que el finiquito



no se enmarcó en un acto de discriminación, y en esa medida, no le asistía obligación de tramitar ante el Ministerio del Trabajo el permiso para despedir. Añade que realizó y adelantó todas las gestiones tendientes a salvaguardar la integridad del actor, brindando inducción, capacitación y entrenamiento de las actividades a ejecutar, además, el demandante tenía conocimiento de los riesgos asociados al desarrollo de sus funciones, así como el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo implementado por la empresa, quien entregó los elementos de protección personal idóneos para el desarrollo de sus actividades. Refiere que a la fecha de terminación del contrato de trabajo el accionante no tenía ninguna clase de incapacidad, recomendación o restricción médica, conforme emana de las documentales obrantes en el proceso. Concluye indicando que si bien los derechos fundamentales del convocante fueron amparados de manera transitoria por vía de tutela, lo cierto es que este no ejerció la acción correspondiente dentro de los cuatro meses siguientes, concedidos por el juez constitucional. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de estabilidad laboral reforzada e improcedencia de reintegro, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, temeridad y mala fe de la parte demandante, buena fe, compensación, prescripción y la genérica (fls. 406 a 442).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 25 de noviembre de 2021, resolvió **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **declarar** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas y sin **condena** en costas (Cd. a folio 544).



Lo anterior por considerar el *A quo* que, a la data de la terminación inicial del contrato por obra o labor determinada, el actor no presentaba incapacidad vigente emitida por el médico tratante, ni tampoco una discapacidad calificada del 15%. Agrega que en gracia de discusión, el nexo laboral finiquitó como producto de la culminación de la obra o labor determinada para la cual había sido contratado, es decir, por una causa objetiva, que desvirtúa la presunción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que impide exigir el aval del Ministerio del Trabajo para el finiquito. De otro lado, refiere que no se encontraron medios de convicción tendientes a demostrar la culpa del empleador y su responsabilidad frente al accidente sufrido por el convocante, menos aun cuando se encuentra acreditado que el dador del laborio adoptó medidas tendientes a lograr la recuperación del actor, cumplió con las recomendaciones médicas y le suministró los elementos de protección para desarrollar sus labores, los cuales portaba el día del accidente laboral, a más que la parte activa recibió capacitación, como este lo confesó en su interrogatorio y se reafirma por el testigo Jhon Jairo Norato.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **WILLIAM FERNANDO VÁSQUEZ GÓMEZ** interpuso **recurso de alza** contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, si bien para la fecha en que fue terminado su contrato de trabajo, no se encontraba incapacitado, lo cierto es que sí estaba en curso el tratamiento que le venía suministrando la ARL. Agrega que el término de cuatro meses otorgado por el juez constitucional para promover la correspondiente acción ordinaria venció el 17 de mayo de 2019, sin embargo, la empleadora ratificó la terminación del vínculo hasta el mes de agosto de similar año, luego, la empresa de manera tácita aceptó que el trabajador no debía atender dicho plazo, al permitirle continuar con su labor. Suma a ello que, conforme al dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez datado 18 de septiembre de 2019, el demandante presentó una pérdida de capacidad laboral del



12,50% con fecha de estructuración del 18 de julio de 2019, momento este en el cual aún se encontraba laborando para Productividad Empresarial S.A.S., de manera que al ostentar la calidad de persona con discapacidad, la terminación del contrato ocurrida el 1° de agosto de 2018 y la supuesta ratificación del año 2019, son ilegales porque no contaban con el previo aval del Ministerio del Trabajo. Señala que aun cuando el representante legal de la empresa demandada no recuerda que al convocante se le practicó una cirugía después de su reintegro, y que le fueron generadas incapacidades entre el 22 de mayo y el 22 de agosto de 2019, tales circunstancias claramente evidencian que su tratamiento se encontraba en curso, motivo por el cual era beneficiario del fuero de salud y del mandato previsto en los artículos 4° y 8° de la Ley 776 de 2012, relativa a la obligación del empleador de reubicar al trabajador incapacitado, en un cargo compatible con sus capacidades y aptitudes. Concluye afirmando que conforme lo ha definido la Corte Constitucional, no es procedente dar aplicación a los grados de discapacidad referidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para establecer si una persona es o no beneficiaria del fuero de salud, en la medida que tal tesis se sustenta en una norma que se encuentra derogada desde el año 2013.

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 si bien es cierto para el 1° de agosto de 2018, el demandante no se encontraba incapacitado, sí se encontraba en tratamiento por parte de la ARL Sura, pues para el día 23 de mayo de 2019 se le practicó cirugía de reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto y, posterior a esta cirugía, se otorgaron incapacidades entre el 23 de mayo de 2019 y el



21 de julio de 2019 y del 22 de junio al 21 de julio de 2019, además de las terapias, con el énfasis que mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2019 (folio 68) la empresa Productividad Empresarial S.A.S procedió a reubicar al demandante en el cargo de oficios varios, demostrando así el estado de debilidad manifiesta del ex trabajador y por lo tanto, el beneficio de la estabilidad laboral reforzada. Afirma que la empresa consintió de manera tácita que el demandante continuara laborando, toda vez que el señor William Fernando no presentó la demanda ordinaria dentro de los 4 meses, sin embargo, permitió que continuara con sus actividades laborales y solo hasta el 30 de agosto de 2019, finalizó el vínculo indicando que ratificaba la terminación del contrato por obra o labor contratada, siendo diáfano que ninguna de las partes, demandante y demandado, dio cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional en el término señalado, pues la empresa terminó el contrato 3 meses y 13 días después de la fecha correspondiente, invocando una causal que ya había perdido su justificación. Indica que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante dictamen de fecha 18 de septiembre de 2019 determinó la pérdida de capacidad laboral del 12.50% y fecha de estructuración el 18 de julio de 2019, data para la cual el demandante se encontraba laborando para la empresa Productividad Empresarial S.A.S considerándose entonces una persona con discapacidad. Concluyendo que la terminación del contrato el 1° de agosto de 2018 y la ratificación del 30 de agosto de 2019 son ilegales, porque se debió solicitar permiso del Ministerio de Trabajo.

Parte demandada: La demandada **WESTON S.A.S.** refiere que el Juzgado de Conocimiento de manera acertada, decidió absolver a las demandadas, de todas las pretensiones de la demanda, ya que dentro del proceso quedó acreditado que el demandante, al momento de la terminación de la relación laboral, no se encontraba bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada, ni se acreditó que el accidente acaecido el 20 de noviembre del 2017 haya sido con culpa de estas, y menos aún



que la finalización de su contrato de trabajo haya sido un acto discriminatorio, pues obra dentro del proceso un dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde se estableció como porcentaje el 12,50%, lo que no alcanza para acreditar el estado de discapacidad del actor, ni se configuran los presupuestos jurisprudenciales para ser beneficiario de la figura de la estabilidad laboral reforzada, a más que se logró acreditar la efectiva terminación de la obra para la que fue contratado, siendo esta una causa objetiva del finiquito laboral. Concluye indicando que quien fungió como único y verdadero empleador, fue la sociedad PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL S.A.S., sin que exista fundamento legal para la existencia de una supuesta responsabilidad solidaria en cabeza de WESTON S.A.S.

Por su parte, la demandada **PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL S.A.S.** manifiesta que la terminación del contrato de trabajo del señor William Fernando Vásquez, se estructuró el día 1º de agosto de 2018 por el cumplimiento de una causal legal y objetiva en los términos del literal d), del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, por la terminación de la obra o labor contratada, hecho objetivo y que se acreditó documentalmente, como así fue tenido en cuenta por el fallador de primera instancia. Agrega que el actor no se encontraba incapacitado, ni era titular de una estabilidad laboral reforzada, en atención a que no tenía ninguna clase de discapacidad igual o superior al 15% de pérdida de capacidad para laboral, ni recomendación o restricción médica para desempeñar las actividades para las cuales fue contratado. Sostiene que el actor no instauró la acción ordinaria en el término señalado en el fallo de tutela, tal y como resulta evidente en el acta de reparto que obra en el expediente, donde se puede corroborar que el escrito de demanda fue radicado el día 17 de julio de 2019, es decir, cuatro (4) meses y veinte (20) días después de la ejecutoria del fallo de tutela, razón por la cual, la orden del reintegro no es vinculante, perdió todos sus efectos y por tanto, la sociedad no se



encuentra en la obligación de mantener vigente la relación laboral con el demandante.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales en especial aquellas impuestas en el artículo 66A del C.P.L., se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si el accionante al momento de la desvinculación presentaba una situación de debilidad manifiesta, que impedía el fenecimiento del nexo y, que concluya, en su reintegro.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre el señor William Fernando Vásquez Gómez y la demandada Productividad Empresarial S.A.S, pues fue así aceptado por la citada en la contestación del *introdutorio*, lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el expediente, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, contrato de trabajo por obra o labor determinada (fls. 31 a 32 y 443 a 446), comunicación que informa terminación del vínculo contractual por culminación de la obra (fls. 40 y 494 a 495), liquidación de prestaciones sociales (fls. 41, 496 y 517), fallo de tutela de fecha 16 de enero de 2019 emitido por el Juzgado Tercero



Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá (fls. 42 a 50 y 291 a 307), auto de fecha 23 de enero de 2019 emanado del Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales, mediante el cual se concede impugnación (fl. 51), sentencia de tutela del 5 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá (fls. 52 a 59 y 309 a 317), recomendaciones para reintegro laboral expedido por la ARL Sura (fls. 61 a 63), acta de reintegro del actor (fls. 64 a 66 y 502 a 503), citación examen médico pos incapacidad (fl. 67), comunicación de reubicación laboral (fls. 68 a 69 y 504 a 505), comprobantes de nómina (fls. 70 a 95 y 473 a 492), historia clínica del demandante (fls. 96 a 184), certificación expedida por Weston S.A.S. (fl. 267), contrato de prestación de servicios celebrado entre Productividad Empresarial S.A.S. y Weston S.A.S. (fls. 268 a 278), carta de presentación del demandante (fl. 279), lista de asistencia inducción SST (fl. 280), cuadro entrega elementos de protección personal (fls. 281 a 290), Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial Weston S.A.S. (fls. 318 a 326), descripción cargo Ayudante (fl. 327), Manual Sistema de Gestión de la Seguridad y la Salud en el Trabajo Weston S.A.S. (fls. 328 a 390), Matriz de pliegos (Cd. a folio 190), informe de accidente de trabajo (fls. 392 a 393 y 451 a 453), citación control de seguimiento (fl. 394), registro de afiliación a EPS y ARL (fls. 447 a 450), investigación accidente de trabajo (fl. 454 a 455), certificados de aportes (fls. 456 a 472 y 509 a 513), comunicación terminación de la obra (fl. 493), carta de autorización de descuentos (fls. 491 y 518), comprobante de transferencia bancaria (fls. 498 a 499, 506 a 508 y 519 a 520), certificación expedida por Productividad Empresarial S.A.S. (fl. 208), levantamiento de recomendaciones (fl. 209), ratificación terminación contrato de trabajo (fls. 514 a 516), dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (fls. 528 a 530), interrogatorios de parte rendidos por el demandante y los representantes legales de la pasiva y declaraciones rendidas por Jhon Jairo Norato, Sandra Milena Mesa Vargas y Jhon Wilson Aguasaco (Cd. fol. 544); probanzas que no fueron



tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige que VÁSQUEZ GÓMEZ fue vinculado por medio de un contrato de trabajo por obra o labor por Productividad Empresarial S.A.S. el 28 de septiembre de 2017, para desempeñarse como trabajador en misión en la demandada Weston S.A.S. en calidad de ayudante, devengando un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente (fls. 31 a 32 y 279); vínculo que se ejecutó hasta el 1° de agosto de 2018, por cuanto el dador del laborio en comunicación de tal fecha, le manifestó al trabajador que había finalizado la obra o labor contratada (fl. 40), no obstante, por decisión de tutela proferida por el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, confirmada por el superior Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de la misma ciudad, el actor fue reintegrado el 28 de enero de 2019, por parte de Productividad Empresarial S.A.S. (fls. 502 y 503), hasta el 30 de agosto de símil año (fls. 514 a 515), en tanto el empleado no formuló la demanda ordinaria laboral dentro del término de 4 meses que le concedió el juez constitucional, quien le otorgó el amparo de manera transitoria.

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.

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 7° 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 efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. 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, descende esta Sala a zanjar los reparos presentados por el accionante que, en síntesis, reseñan la situación de salud que impedía su retiro del servicio.

Para lo cual, evidencia esta Sala de Decisión que obran las siguientes probanzas:



1. Informe de accidente de trabajo, en el cual se reporta que el 20 de noviembre de 2017 el demandante presentó accidente laboral consistente en que *«SE ENCONTRABA DESCARGANDO UNA LÁMINA SOBRE UNA MESA, REFIERE QUE DETRÁS DE EL SE ENCONTRABA UN COMPAÑERO APRETANDO UNA ESTIBA CON UN LAZO, EL CUAL SE SOLTÓ OCASIONANDO QUE CAYERA HACIA ATRÁS SOBRE LA RODILLA IZQUIERDA DEL TRABAJADOR, LO QUE GENERÓ INFLAMACIÓN Y DIFICULTAD PARA FLEXIONAR LA RODILLA EN MENCIÓN. EL TRABAJADOR REPORTÓ AL PERSONAL DEL ÁREA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO QUIEN LO DIRECCIONÓ A LA CLÍNICA EUSALUD»* (fls. 392 a 393).
2. Historia clínica obrante a folios 160 a 162, en la cual se anota que el 20 de noviembre de 2017, el demandante fue atendido por urgencias en la IPS Eusalud, en donde le fue diagnosticada contusión de rodilla, y entre otras cosas, se le expidió orden de incapacidad entre el 20 de noviembre y el 24 de noviembre de 2017 (fl. 150).
3. Órdenes de incapacidad expedidas al demandante en el interregno comprendido entre el 25 de noviembre de 2017 y el 9 de enero de 2018, así como el 25 de mayo de 2018 (fls. 151 a 158); igualmente, se constata que del 12 de diciembre del 2017 al 2 de abril de 2018 el demandante fue sometido a 28 sesiones de fisioterapia (fls. 98 a 111).
4. El 18 de enero de 2018, la ARL Sura emitió recomendaciones para el reintegro laboral del señor William Fernando Vásquez por un tiempo de 30 días (fl. 60), las cuales fueron actualizadas el 19 de abril de 2018 por un período de 30 días (fl. 61), al igual que el 30 de mayo de 2018, por un lapso de 45 días (fls. 62 a 63); no obstante, el 27 de julio de 2018, la ARL Sura emitió documento en el cual ordenó el levantamiento de recomendaciones para desempeño laboral del actor, indicando expresamente que *«Por el evento laboral del 23 de febrero de 2018, el trabajador puede realizar*



las tareas que la empresa le asigne (...) Recomendamos hacer seguimiento al desempeño laboral del trabajador (...)», folio 209.

5. En igual sentido, se advierte a folios 123 a 127 obran anotaciones datadas 27 de junio y 17 de julio de 2018, en las cuales tanto el médico general como el especialista en fisiatría reportan como conducta de cada consulta **«ALTA POR MEJORÍA»**.
6. El 27 de agosto de 2018 el actor consulta en Cuz Blanca EPS a través de la especialidad ortopedia, en donde le fue ordenada consulta de primera vez para especialista del dolor y cuidados paliativos, al igual que consulta de primera vez para especialista en medicina del trabajo y consulta por fisiatría (fls. 116 a 117).
7. El 19 de octubre de 2018, la parte activa consulta nuevamente la especialidad de ortopedia, cuyo profesional refiere que el trabajador presenta exacerbación del dolor y debe ser revalorado por la ARL (fl. 114), se le ordena incapacidad del 19 de octubre al 21 de octubre de 2018 (fl. 115), así como del 22 de octubre al 25 de octubre de 2018 (fl. 159); pues el 22 de octubre de 2018 se le realizó infiltración (fl. 120), que le generó mejoría por 3 meses, sin embargo, el 23 de enero de 2019 vuelve y consulta ante el médico general, quien refiere que continua en tratamiento (fl. 122).
8. El 11 de abril de 2019, en consulta con médico general se refiere que el 18 de febrero de similar año se detectan cambios por lesión parcial del ligamento cruzado anterior, precisando hallazgos completamente distintos a los iniciales, por lo que se envía a Staff de rodilla para revisar el caso y definir el origen de la nueva lesión (fl. 176); asimismo, el 22 de abril de 2019, se emite nuevo diagnóstico por desgarró de meniscos y se ordena artroscopia en relación con el accidente laboral (fls. 172 a 173), misma que se lleva a cabo el 23 de mayo de similar año (fl. 167) en la que se efectuó reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto autólogo, que además, dio lugar a dos incapacidades del 23 de mayo al 21 de



junio de 2019 y del 22 de junio al 21 de julio de 2019 (fls. 183 a 184).

9. Finalmente, el 18 de septiembre de 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca emite dictamen de PCL en 12,50% con fecha de estructuración del 18 de julio de 2019 por accidente de origen laboral, y respecto del diagnóstico esguinces y torceduras que comprometen el ligamento cruzado (anterior) (posterior) de la rodilla (fls. 528 a 530).

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.

Ahora bien, para la definición de la controversia planteada, debe la Sala de Decisión precisar en primer lugar, que el análisis de la protección reclamada por el aquí demandante, debe remontarse a la fecha en que tuvo lugar el finiquito laboral, que lo fue el 1º de agosto de 2018, dado que el reintegro ordenado por el juez de tutela, no lo fue de carácter definitivo, sino transitorio, como se lee en los legajos militantes a folios 42 a 50 del expediente, siendo claro que es el juez ordinario laboral es el llamado a zanjar la discusión suscitada en torno a la eficacia o ineficacia de la terminación del contrato de trabajo ocurrida en tal data, al no operar en el presente caso la cosa juzgada constitucional, conforme al tipo de orden dado en el trámite de la acción de tutela que formuló el convocante.

Lo anterior, conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15882-2017 Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la cual la referirse a los efectos de los fallos de tutela, moduló que:

«Pues bien, para dar respuesta a estos planteamientos, cumple recordar que no necesariamente la orden de tutela tiene una vigencia temporal.»



Los artículos 6.º, numeral 1.º y 8.º del Decreto-Ley 2591 de 1991 «Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política», consagran respectivamente:

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante [...].

Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

De los textos transcritos se infiere que es admisible recurrir a la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio. El primer caso tiene lugar ante la inexistencia de recursos o medios de defensa adicionales al alcance del ciudadano, los cuales deben ser evaluados en concreto, «en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante». Por lo tanto, en este evento, la tutela procede, bien sea porque no existe en el mundo jurídico una alternativa judicial diferente o ya sea porque, a pesar de existir, este instrumento jurídico no es idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales, en función de la situación objetiva y particular que rodea al accionante.

La segunda hipótesis se configura cuando la persona, a pesar de contar con un recurso ordinario disponible, suficiente y eficaz, acude a la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En este escenario la orden de tutela permanece vigente «durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado», a condición de que la acción ordinaria se



promueva «en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela».

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-250-2015, adoctrinó:

El principio de subsidiariedad, contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, implica que por regla general, no puede utilizarse la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, al existir mecanismos judiciales ordinarios, con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional.

*Sin embargo y como regla exceptiva, la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; ii) procede la tutela como **mecanismo definitivo**: cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia [...].*

En estos términos, el recurrente no tiene razón en su argumento, pues también existe la posibilidad de conceder un amparo de manera definitiva, lo cual debe ser objeto de análisis por el juez de tutela en cada caso. Ahora bien, el juicio de procedibilidad que se esboce al respecto, es un «elemento constitutivo e inescindible del fallo» (SU-1219-2001) que, por tanto, hace tránsito a cosa juzgada. Dicho de otro modo: la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al juez constitucional y, tal determinación, es un aspecto que se elucida en la sentencia de tutela.

Otra precisión. La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.

La coherencia del sistema jurídico se asegura en la medida en que cada uno de sus enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptara que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene. Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser



revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho.

Queda a salvo, desde luego, la posibilidad de enervar la cosa juzgada a través de la acción de revisión prevista en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 frente a providencias judiciales –en su sentido amplio- que «hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza», siempre que se den las condiciones y requisitos consagrados en esa disposición, pero ello es otro tema, como también lo sería aquellas decisiones corroídas por fraude.

Finalmente, no está por demás señalar que la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia sea respetuosa del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela. En su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 CP), esta Corporación tiene autonomía e independencia en la construcción de la doctrina laboral y la interpretación con autoridad, de las normas que componen el Derecho del Trabajo». (Subraya fuera de texto)

Conforme al criterio jurisprudencial en referencia, se insiste que debe la Sala revisar la legalidad o ilegalidad del finiquito del nexo laboral que ató al actor y a la Sociedad Productividad empresarial S.A.S., ocurrido el 1º de agosto de 2018, dado que la Juez Tercera Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá otorgó a su decisión efectos transitorios, precisamente para que fuera el juez ordinario laboral quien estableciera de manera definitiva si era procedente o no el reintegro deprecado por el trabajador.

Por manera que, al revisar de manera minuciosa el extenso material probatorio obrante en el paginario, debe decir el Colegiado que contrario a lo definido por el juez constitucional, e incluso lo aducido en la alzada, el señor el señor William Fernando Vásquez Gómez al 1º de agosto de



2018, data de la terminación del contrato de trabajo, no presentaba una afectación en su salud que lo ubicaba en el escenario de debilidad manifiesta.

Ello es así, en la medida que si bien presentó un accidente laboral el 20 de noviembre de 2017, que devino en 28 sesiones de fisioterapia, recomendaciones laborales e incapacidades, lo cierto es que su tratamiento ya se encontraba definido al 1º de agosto de 2018, pues nótese que la última sesión de fisioterapia culminó el 2 de abril de 2018, además, la última incapacidad venció el 25 de mayo de símil año y las recomendaciones laborales fueron levantadas por la ARL el 27 de julio de 2018. Mas importante aún, tanto el médico general como el fisiatra, habían dispuesto el «ALTA MÉDICA» desde el desde el 27 de junio y el 17 de julio, respectivamente (fls. 127 y 127), de lo cual resulta diáfano que al momento del finiquito, el actor no tenía ni siquiera tratamiento pendiente, por disposición expresa de los médicos que tenían a cargo su revisión.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el actor consultó nuevamente por presentar dolor en su rodilla el 27 de agosto de 2018, y que el 22 de octubre de símil año le fue realizada una infiltración que le generó una incapacidad hasta el 26 de ese mismo mes y año, al igual que el 23 de enero de 2019 regresó a consulta ante el médico general, quien refirió que continua en tratamiento; sin embargo, frente a ello no puede pasar por desapercibido la parte impugnante, que tales situaciones tuvieron lugar cuando el accionante ya no se encontraba vinculado a su empleadora Productividad Empresarial S.A.S., no siendo posible como así lo sugirió en su alzada, concluir que a la terminación del vínculo, aún se encontraba en tratamiento, menos aun cuando ya existía un concepto de «ALTA MÉDICA» como ya se anotó.



Tampoco deja de lado la Sala de Decisión que el actor fue reintegrado por el dador del laborío el 28 de enero de 2019, por virtud de amparo transitorio dispuesto por el juez constitucional, en cuya vigencia se le diagnosticó una nueva lesión, esto es, desgarró de meniscos, que le implicó una artroscopia el 23 de mayo de 2019 (fl. 167), e incapacidades médicas hasta el 21 de julio de 2019 (fl. 184); empero, ello ocurrió cuando la vinculación del actor a Productividad Empresarial S.A.S. atendía al amparo temporal, que se *itera*, otorgó el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mismo que cesó el 16 de mayo de 2019, dado que la sentencia de tutela fue emitida el 27 de febrero de la misma anualidad (fls. 42 a 50) en tanto el demandante omitió atender la carga que se le impuso de promover el proceso ordinario laboral, esto es, dentro del término de cuatro meses, pues la radicación de la demanda respectiva, solo tuvo lugar hasta el 12 de julio de 2019, conforme a acta de reparto vista a folio 185 de las diligencias.

De manera que, no puede concluirse, como lo pretende el recurrente, que al ser separado del cargo por segunda vez el 30 de agosto de 2019, tuvo ocurrencia un nuevo despido cuando aún se encontraba con una afectación de salud y en estado de debilidad manifiesta, porque lo que en realidad ocurrió, es que por su propia omisión y por disposición de la ley, cesaron los efectos del amparo constitucional que le había sido otorgado previamente.

Recuérdese que el mismo artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, prevé esta consecuencia al disponer textualmente que:

“ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. *Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.



En todo caso el afectado deberá ☐ ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de este”.

Con todo, ha de destacar el Colegiado, que al 30 de agosto de 2019, no se encontraba vigente ninguna incapacidad del demandante, como tampoco contaba con recomendaciones laborales, y si bien, se le determinó una PCL del 12,50% con fecha de estructuración del 18 de julio de 2019, lo cierto es que tal calificación solo tuvo lugar después de pasado un año, esto es, el 18 de septiembre de 2020 (fls. 528 a 530), siendo evidente que tal situación no podía ser conocida por su empleador, al no encontrarse laborando a su favor para esta última fecha.

Recuérdese que la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1998, requiere como presupuesto el pleno conocimiento de la situación de salud por parte del empleador, como así lo refirió la Corte Constitucional en la sentencia T-020 de 2021:

“A partir de las reglas enunciadas, esta Corporación ha establecido los presupuestos para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada. En concreto, el juez constitucional debe verificar: (i) que la condición de salud del trabajador le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus funciones; (ii) que dicha circunstancia sea conocida por el empleador con anterioridad al despido; y, (iii) que no exista una causal objetiva que fundamente la desvinculación[118]”. (Subraya fuera de texto).

De suerte que, no puede la Sala concluir que el empleador al separar del cargo al trabajador, se insiste, por cesación de los efectos de la acción de tutela, el día 30 de agosto de 2019, tenía claro que se trataba una persona que presentaba una pérdida de capacidad laboral, porque el dictamen en referencia fue proferido un año después.

Puestas así las cosas, concluye la Sala que pese a no compartir la posición del *a quo* en cuanto exigió a la parte activa acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% para hacerse merecedor de la protección de que trata la Ley 361 de 1998, lo cierto es que sí es procedente la



confirmación de su absolución, en la medida que a la fecha del finiquito, que lo fue el **1° de agosto de 2018**, el actor no se encontraba en un estado de debilidad de manifiesta, al existir constancia de un alta médica, a más que, la situación de salud descubierta con posterioridad, lo fue en vigencia de una medida de protección constitucional cuyos efectos cesaron por omisión del mismo trabajador, que no resulta endilgable a la pasiva, porque no se trata propiamente de un despido, sino de la pérdida de tal protección por virtud del Decreto 2591 de 1991.

Dimanando en la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia sin costas, por haberse concedido amparo de pobreza al demandante en audiencia del 12 de octubre de 2021.

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 absolutoria proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 25 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **WILLIAM FERNANDO VÁSQUEZ GÓMEZ** contra **PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL** y **WESTON S.A.S.** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

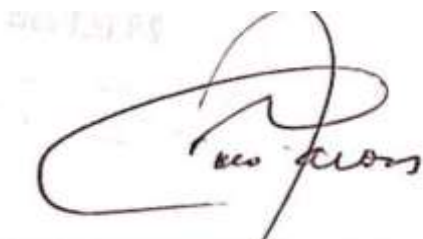
SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. Sin costas en esta instancia.



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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ASTRID ZAMIRA CHAYA RINCÓN** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ASTRID ZAMIRA CHAYA RINCÓN** a través de apoderado judicial, pretende se declare la invalidez, ineficacia o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir y que para efectos pensionales se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones; condenar a lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (fls. 40 vuelto y 41 archivo 02 carpeta 06.05 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 41 archivo 02 carpeta 06.05 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 19 de enero de 1968 motivo por el cual cuenta actualmente con 51 años. Refiere que se afilió al otrora ISS el 1° de enero de 1997 y, posteriormente, el 3 de agosto de 2006, se trasladó de régimen pensional a través de la AFP Porvenir S.A., para lo cual el asesor comercial de la citada le informó que debido a los rendimientos financieros, su pensión en el RAIS sería superior a la que recibiría en el RPM, sin embargo, no se desplegó ninguna actividad de asesoramiento que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado. Que las proyecciones realizadas sobre el valor de la pensión permiten concluir que el valor de la prestación será menor en el RAIS de cara al que se concedería en el RPM. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones invocadas por la demandante, al considerar en esencia que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación-documento público-en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 85 a 114 archivo 02 carpeta 06.05 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 su contra, al considerar en esencia que, el traslado realizado por la demandante se presume efectuado en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por manera que la información de vicios del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en su trámite, deberá probarse en el desarrollo del proceso. **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 y declaratoria de otras excepciones (fls. 52 a 58 archivo 02 carpeta 06.05 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 15 de diciembre 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, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a Colpensiones recibir y restablecer la afiliación de la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a que debe realizar la devolución al RPM administrado por Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como son cotizaciones, rendimientos y frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del C.C., incluyendo los gastos de cuota de administración debidamente indexados y deberá allegar a Colpensiones la documentación correspondiente para que se pueda establecer por Colpensiones que efectivamente se hace la devolución en los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201900573 01

términos de la sentencia, lo cual deberá hacerse dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria; **condenar** a Colpensiones a que una vez ingresen estas sumas de dinero, debe revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en la sentencia, así mismo, a que impute en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **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.** censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no se valoró por el Juzgado de Conocimiento que el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción por parte de la actora del formulario de afiliación, en el cual este expresó que realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones la selección del RAIS, habiendo sido asesorada sobre las características de este, conforme a lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que ello no se trató de una simple declaración vacía dentro del formulario de afiliación, sino del cumplimiento de un requerimiento legal que fue suscrito por la parte demandante, quien se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presume una persona capaz para obligarse. Agrega que a la demandante siempre se le garantizó su derecho al retracto, conforme a las publicaciones realizadas en el diario El Tiempo el día 14 de enero de 2004, atendiendo lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, empero la afiliada permaneció en el RAIS, conducta esta que no fue valorada por el Despacho desde la óptica de la negligencia y la omisión. Indica que la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce el principio de autonomía privada de la voluntad con que contaba la actora, definida en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses de los que son titulares, y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres.

Refiere que carece de visos de prosperidad la condena impuesta a título de gastos de administración, pues tales emolumentos están previstos para pagar la prima del seguro que generó el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, conforme a la Ley 100 de 1993; a más que la ineficacia de traslado implica entender que el acto jurídico nunca existió, lo que de paso impediría efectuar la devolución de los rendimientos financieros. Suma a ello que, la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues no existe norma que la disponga, en tanto el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 prevé únicamente el retorno de los aportes y sus rendimientos, lo cual ratifica que los gastos de administración no pertenecen al afiliado, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión adelantada para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual. Concluye indicando que uno de los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C. en materia de nulidad, es que la parte que recibió los frutos está obligada a restituirlos, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia.



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 PORVENIR S.A.**, persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

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 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 20 a 23 del archivo 02 carpeta 06.05 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 ASTRID ZAMIRA CHAYA RINCÓN 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 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. 3 archivo 02 carpeta 06.05), historia laboral consolidada emitida por la AFP Porvenir (fls. 6 a 7 archivo 02 carpeta 06.05), simulación pensional emitida por la AFP PORVENIR (fls. 8 a 9 archivo 02 carpeta 06.05), certificación de afiliación (fls. 10 y 119 archivo 02 carpeta 06.05), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 12 a 18 archivo 02 carpeta 06.05), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 20 a 31 y 120 a 123 archivo 02 carpeta 06.05), formularios de afiliación a la AFP PORVENIR (fls. 32 y 116 a 118 archivo 02 carpeta 06.05), historial de vinculaciones SIAF de ASOFONDOS (fl. 115 archivo 02 carpeta 06.05), comunicados de prensa (fls. 128 a 129 archivo 02 carpeta 06.05), expediente administrativo (carpeta 03 contenida en la carpeta 06.05) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 12).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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)».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201900573 01

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

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales,



10201900573 01

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201900573 01

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora



10201900573 01

previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.



10201900573 01

2. *Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*

3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*

4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*

5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*

6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. *Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.*

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201900573 01

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales,

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201900573 01

los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.



10201900573 01

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de



símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 1° de agosto 1997 hasta el 30 de septiembre 2006, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (carpeta 03 contenida archivo 02 carpeta 06.05), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR el 3 de agosto de 2006 (fl. 117 a archivo 02 carpeta 06.05); fondo al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones conforme a certificación expedida por la citada (fl. 119 archivo 02 carpeta 06.05); 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. 117 a archivo 02 carpeta 06.05).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que cuando trabajaba en la Notaría 61 de Bogotá, un promotor de ventas de Porvenir S.A. se acercó y en una reunión colectiva de unos 5 o 10 minutos, le indicó que si se trasladaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

le iba mucho mejor, porque le podían devolver el dinero que cotizaba, lo cual le beneficiaba por cuanto a la fecha, su esposo se encontraba muy enfermo del corazón, sin embargo, no le informaron sobre aportes voluntarios, o sobre el derecho de retracto, ni le mencionaron la figura de la pensión anticipada o las modalidades de pensión, y en general, no le hicieron ningún tipo de asesoría, acotando que solamente le hablaron del bono pensional (Audio 12 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 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 la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, cuya devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor



en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 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, 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 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 Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 15 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ASTRID ZAMIRA CHAYA RINCÓN** 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 AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir 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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **OMAIRA BARRERO FORERO** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Daniel Felipe Ramírez Sánchez**, identificada con

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 1.070.018.966 de Cajicá-Cundinamarca y tarjeta profesional 373906 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 **OMAIRA BARRERO FORERO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS realizada a través de las AFP Porvenir, al igual que la entidad a la que se encuentra legalmente afiliada es Colpensiones; que es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990; como consecuencia, condenar a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, esto es, bonos pensionales, aportes, rendimientos y comisiones; condenar a Colpensiones a registrar y activar su afiliación, así como a actualizar su historia laboral y reconocer a su favor la pensión de vejez en virtud del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, desde el 1° de octubre de 2019, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 31 a 32 archivo 001 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 32 a 35 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 1° de mayo de 1956 y se afilió al otrora ISS el 16 de agosto de 1976, en donde cotizó a través de empleadores privados un total de 699 semanas. Refiere que el 27 de febrero de 2004, cuando ya contaba con 47 años, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., sin recibir información sobre las implicaciones de tal decisión. Que tampoco se le habló sobre la naturaleza de este régimen de capitalización, sus desventajas, o los distintos escenarios de pensión en uno u otro régimen pensional, ni tampoco se le mencionaron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las ventajas del RPM y la pérdida del régimen de transición. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, misma que fue negada por Colpensiones, entidad ante la cual también petitionó el reconocimiento de la pensión de vejez, sin embargo esta le fue negada. Aduce que al 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años, además, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo logró consolidar más de 750 semanas; igualmente, al 31 de diciembre de 2014, ya había cumplido 55 años y reunido más de 1000 semanas.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a la totalidad de las pretensiones al considerar en esencia 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 RPM administrado por el Instituto de los Seguros Sociales. Por otra parte, alega que debe tenerse en cuenta que el Artículo 83 de la Constitución Política del año 1991, manifiesta que *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*, por lo que de alegarse por parte de la demandante que la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías, a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.), con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.), es a esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente, desvirtuar la buena fe del Fondo de pensiones. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica (fls. 17 a 29 archivo 007 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones invocadas por la demandante, al considerar en esencia que la informó acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Añade que en cuanto a la omisión de la información, la misma jamás se presentó, toda vez que en cuanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, se le manifestó a la demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 3 a 34 archivo 011 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 17 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **ordenar** a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; **ordenar** a Porvenir S.A., reintegrar a Colpensiones de su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones, primas de seguros y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en el caso que se hubiesen realizado; **ordenar** a Porvenir S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS; **ordenar** a Colpensiones que acepte a la activa al RPM, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS; **declarar** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005 y le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990; una vez se efectivice la devolución de aportes a cargo de la demandada Porvenir S.A. y se acredite la desafiliación de la actora al sistema, deberá Colpensiones proceder a reconocer y pagar a la demandante en un plazo máximo de seis (6) meses, pensión de vejez con fundamento en las reglas del Acuerdo 049 de 1990, debiendo tener como IBL el más favorable que resulte del comparar el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el IBL en todo el tiempo laboral, debidamente indexados y una tasa de reemplazo del 90%. La pensión se podrá conceder por 14 mesadas al año siempre y cuando, sea igual o inferior a tres (03)SMLMV, de lo contrario, solo se podrá conceder por 13 mesadas; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **absolver** de los intereses moratorios; **condenar** en costas a Porvenir S.A. (Archivo 021 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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. De otro lado, refirió que la activa al 1° de abril de 1994 contaba con 37 años, además a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, acredita 821,41 semanas, por manera que es beneficiaria del régimen de transición hasta el año 2014, y como quiera que cuenta con más de 1000 semanas y la edad de 55 años a mayo de 2011, tiene derecho a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, cumplió con el deber de información en los términos previstos en la legislación para la fecha del traslado, al brindarle a la activa información clara, completa, veraz y suficiente sobre las principales características, condiciones de acceso y limitaciones de ambos regímenes pensionales, acotando que la AFP no estaba en la obligación de dejar constancias escritas diferentes al formulario de afiliación, sobre las asesorías brindadas, ni tampoco debía realizar proyecciones pensionales al interesado, por manera que no puede aplicársele de manera retroactiva el cumplimiento de un deber de información que surgió de manera posterior por medio de distintos desarrollos normativos y jurisprudenciales. Aduce que no es posible eximir a la afiliada de su deber de concurrir suficientemente informada al acto de afiliarse, debiendo efectuar preguntas al asesor o utilizar cualquiera de los canales de comunicación previstos por parte de la AFP, no obstante, ello no fue realizado por la activa como así lo afirmó en su interrogatorio de parte y ni siquiera efectuó una revisión de los extractos de cuenta que recibió, pese a no entenderlos, siendo evidente que actuó de manera negligente y sin tener el menor cuidado ante un asunto tan trascendental como lo era su futuro pensional. Indica que la actora se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mantuvo afiliada al RAIS y se benefició de sus ventajas como lo es la obtención de rendimientos financieros y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, de suerte que su actitud denota conformidad con su permanencia en el RAIS, configurándose en su caso actos de relacionamiento que mencionan las sentencias SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021, relativos a actuaciones de los afiliados que permiten presuponer que conocen las características y condiciones de acceso a las prestaciones económicas de ambos regímenes pensionales, así como su querer de permanencia en el RAIS. Indica que no es técnicamente jurídico efectuar la devolución de los rendimientos financieros, puesto que la ineficacia implica que la activa nunca efectuó aportes al RAIS y por ende no se benefició de la gestión de la AFP; sumando a ello que, tampoco procede la devolución de los gastos de administración, pues el acto jurídico fue completamente válido, lo cual no resulta acorde con los artículos 1746 y 1747 del CC relativos a las restituciones mutuas, cuando un acto es declarado nulo, a más que esos gastos fueron descontados con la finalidad de brindar seguridad a la cuenta de la demandante y generar esos rendimientos, mismos que también se deducen en el RPM, siendo su devolución a Colpensiones un enriquecimiento sin causa a favor de la actora y un detrimento al patrimonio de la AFP, pues no es su finalidad financiar la pensión de vejez. Indica que tampoco procede la indexación de estas sumas porque la pérdida del poder adquisitivo se compensa con los rendimientos financieros obtenidos. Refiere que las primas de seguros, tampoco deben remitirse al RPM porque la AFP adquirió las respectivas pólizas a efectos de mantener el cubrimiento de la demandante frente a contingencias como la invalidez y la muerte, no encontrándose ahora en su poder.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, se presume que la actora se trasladó ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen pensional conforme al artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, acotando que la existencia de un vicio en el consentimiento y la falta de información no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demostró en el devenir del proceso, menos cuando en el interrogatorio de la activa indicó que tuvo conocimiento de lo que se le ofrecía por la administradora de fondo de pensiones a la que se afilió. Destaca que en salvamento de voto del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, expuesto en la sentencia SL1452 de la Sala de Casación Laboral, la ineficacia de traslado no puede predicarse de manera automática e inconsulta en todos los casos, pues es importante que las falencias en la información hubieran producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable al afiliado, como por ejemplo la pérdida del régimen de transición. Agrega que en la decisión en referencia, el Magistrado Carlos Quiroz Alemán también salvó su voto, indicando que entre las deficiencias que pueda afectar la validez del acto de traslado existen unas susceptibles de saneamiento debido a los actos positivos de convalidación del afiliado, como los traslados entre AFP, la realización de simulaciones o proyecciones pensionales o las reasesorías, de suerte que no todos los defectos en la formación del acto jurídico darán lugar a la nulidad del mismo, lo cual deberá determinarse en cada caso, no pudiéndose generar expectativas ni reglas generales de nulidad de traslado. Concluye indicando que la activa se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues al 13 de octubre de 2020, data en la que se admitió la demanda, la actora ya contaba con 64 años, siendo clara la imposibilidad de trasladarse de régimen.

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 conformación del fallo de primera instancia, en tanto que existe una orfandad probatoria, pues el único documento que obra sobre el traslado efectuado, es el formulario de afiliación, el cual según el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, no representa una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por la demandante al 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 suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Refiere 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.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 22 a 29 del archivo 001 el 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 OMAIRA BARRERO FORERO 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.

Del mismo modo, y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si hay lugar a reconocer a favor de la actora la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición.



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. 3 archivo 001), derecho de petición elevado ante la demandada Porvenir S.A. (fl. 4 a 6 archivo 001), reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 7 a 13 archivo 001), historia laboral emanada de la AFP Porvenir S.A. (fls. 14 a 20 archivo 001 y 43 a 57 archivo 011), formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 21 archivo 001 y 58 archivo 011), derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 22 a 29 archivo 001), expediente administrativo allegado por Colpensiones (fls. 30 a 97 archivo 007), historial de vinculaciones SIAF de ASOFONDOS (fls. 35 a 37 archivo 011), historia válida para bono pensional (fls. 38 a 42 y 68 a 70 archivo 011), certificación de afiliación (fl. 58 archivo 011), expediente de la activa allegado por Porvenir S.A. (fls. 60 a 330 archivo 011), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 020).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las



AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de



la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10202000016 01

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



10202000016 01

correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10202000016 01

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 conjugué 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10202000016 01

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.



En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de



10202000016 01

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



10202000016 01

de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 16 de agosto de 1976 hasta el 31 de diciembre de 2002, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 7 a 8 archivo 001 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR el 27 de febrero de 2004 (fl. 21 archivo 001 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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. 21 archivo 001 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 una asesora de Porvenir compareció a su lugar de trabajo y en una reunión realizada con 15 personas, se les explicó en un tiempo de alrededor de 15 minutos, que el ISS iba a desaparecer, por lo que debían afiliarse a la citada para garantizar la pensión de vejez. Que también se le dijo que Porvenir no tenía dinero del Estado, en tanto estaba respaldada por el Grupo Aval. Que no le informaron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual; sumando a ello que recibe sus extractos, pero no los entiende y no se ha dirigido a la demandada para obtener información (Audio 020 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 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.

A lo anterior debe sumarse que, sobre la tesis de los actos de relacionamiento que menciona Porvenir S.A., la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, mediante la sentencia STP15228-2021, ordenó a la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, deje sin efecto el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021 y resuelva nuevamente el recurso extraordinario de casación, acatando los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral –permanente en relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional o, surta el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, con el fin que la Sala permanente se pronuncie sobre la necesidad de modificar la línea jurisprudencial relativa a la consideración de los llamados «*actos de relacionamiento*» como factor de definición de la eficacia del traslado de régimen pensional.

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 la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, 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 indexados ante la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo dispuso la falladora de primera instancia.

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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si la demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años de edad, al nacer el 1º de mayo de 1956, como se constata de la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 3 archivo 001), de suerte que ostenta la calidad de beneficiaria del régimen de transición en los términos del artículo 36 *ejusdem*, condición que conservó hasta el año 2014, dado que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, logró reunir más de 750 semanas de cotización, y en específico 831,71, entre aportes efectuados al otrora ISS y a la AFP Porvenir, de conformidad con las historias laborales visibles a folios 7 a 8 archivo 001 y 43 a 44 archivo 011 del expediente digital.

En ese orden, le resulta aplicable el Acuerdo 049 de 1990, normatividad que 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.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la demandante nació el 1º de mayo de 1956, tal como se desprende del



documento de identidad visto a folio 3 archivo 001 del expediente digital, lo que implica que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2011, así mismo, del reporte de semanas cotizadas y de las certificaciones laborales que obran a folios 7 a 20 archivo 001 del expediente digital, se establece que cotizó un total de 1.549 semanas, las cuales 1.309 fueron aportadas hasta el año 2014.

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 se liquidará teniendo en consideración una tasa de reemplazo del 90%, conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, sobre el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, conforme al que le sea más favorable, una vez que 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, como con acierto lo definió la falladora de primera instancia.

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, 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 Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 17 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **OMAIRA BARRERO FORERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10202000016 01

**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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

*Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por
EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de
2020.*

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA DEL SOCORRO CASTRO PATIÑO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jeimmy Carolina Buitrago Peralta**, identificada

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



con cedula de ciudadanía No. 53.140.467 de Bogotá y tarjeta profesional 199.923 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARIA DEL SOCORRO CASTRO PATIÑO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de su afiliación al RAIS a través de las AFP Porvenir y Colfondos S.A., al igual que su vinculación con Colpensiones se mantuvo vigente sin solución de continuidad; como consecuencia, se ordene a las AFP demandadas trasladar la totalidad de los aportes por ella efectuados, junto con todos sus rendimientos e intereses, con destino a Colpensiones; condenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a reconocerle los perjuicios morales, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; condenar a Colpensiones a activar su afiliación, así como aceptar y recibir el traslado de sus aportes, rendimientos y bonos pensionales; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 2 a 4 archivo 001 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 10 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 21 de noviembre de 1961 motivo por el cual cuenta actualmente con 57 años. Refiere que se afilió al otrora ISS el 13 de agosto de 1984 y, posteriormente, el 23 de julio de 1999, se trasladó de régimen pensional a través de la AFP Porvenir S.A., sin recibir información sobre las consecuencias desfavorables que le acarrearía tal decisión, ni se le brindó una información clara, precisa y comprensible para el efecto.



Acota que sólo se le indicó que el ISS iba a desaparecer, al encontrarse imposibilitado en asumir las cargas prestacionales, de manera que las administradoras de fondos privados eran la mejor opción que existía en el mercado, máxime que en ellas podía pensionarse a cualquier edad y obtener mayores rendimientos, sin que esto último fuere explicado a profundidad. Que el 30 de noviembre de 2014, se vinculó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, además, ninguna de las demandadas le puso de presente las condiciones previstas en la Ley 797 de 2003, para retronar al RPM. Indica que solicitó la anulación de su afiliación a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A., no obstante, tales peticiones fueron resueltas en sentido desfavorable. Que según información suministrada por Colfondos S.A., la pensión de vejez que eventualmente le fuere reconocida ascendería a un poco más de 1 SMLMV, pese a que a la fecha de traslado devengaba un salario equivalente a 3,43 salarios mínimos y su actual asignación asciende a 4,17 salarios mínimos.

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 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 presente de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Añade que, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Finaliza afirmando que, en el presente caso, la 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 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (fls. 86 a 104 archivo 01 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones invocadas por la demandante, al considerar en esencia que sí brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, asesorándola acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el nuevo régimen. Aduce que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, a más que la activa suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. **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 al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación, pago y la genérica (fls. 147 a 165 archivo 001 y archivo 06 del expediente digital).



Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones invocadas por la demandante, al considerar en esencia que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación-documento público-en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54^a del CPTSS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 179 a 196 archivo 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 27 de enero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **ordenar** a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; **ordenar** a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., reintegrar a Colpensiones de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros; **ordenar** a Colfondos S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS; **ordenar** a Colpensiones que



acepte a la activa al RPM, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Porvenir S.A. (Archivo 013 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.** censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el Juzgado de Conocimiento no valoró adecuadamente las pruebas arrimadas a las diligencias, y en especial el interrogatorio de parte de la activa, pues de este resulta evidente que no estamos frente a una persona a quien de manera automática se le deba aplicar el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, máxime que no es suficiente la negación indefinida aducida por la activa para dar paso a la inversión de la carga de la prueba en cabeza de las AFP, pues la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016, señaló que la inversión de la carga probatoria debe obedecer a los principios de equidad y de justicia, mismos que se desconocen si se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

11201900368 01

7

exige a las partes acreditar circunstancias frente a las cuales no poseen las capacidades para el efecto. Indica que la demandante reconoció la existencia de un ahorro y de una cuenta a nombre de ella, lo cual denota que sí recibió una información, porque ello hace parte de las características propias del RAIS. Señala que en el presente caso no se demostró el asalto en la buena fe de la activa, como con desacierto lo señala el Despacho; sumando a ello que para la época del traslado no era una obligación legal efectuar proyecciones, lo cual además resulta una excesiva carga para la AFP, dado que no eran previsibles las cotizaciones de la demandante. Señala que conforme a la sentencia C-634 de 2011, siempre se preferirán las decisiones de la Corte Constitucional, de suerte que no es procedente la inversión de la carga de prueba. Reprocha la condena en costas impuesta en su contra, dado que la discusión suscitada se desarrolla desde el plano meramente jurisprudencial. Concluye indicando que los gastos de administración no hacen parte de la mesada pensional, ni del sistema pensional en general, al encontrarse ante un negocio netamente mercantil que implica la contratación de aseguradoras, por lo que no es competencia del juez laboral hacer alguna manifestación sobre estas sumas, mismas que en todo caso están llamadas a sufrir afectación por el fenómeno de la prescripción.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no es procedente el retorno de la demandante al RPM dado que para la fecha en que solicitó el traslado, que lo fue el 27 de marzo de 2019 contaba con 57 años. Añade que el traslado de la activa a la AFP Porvenir y posteriormente a la AFP Colfondos, tiene plena validez, a más que cuando este último ocurrió, el 30 de noviembre de 2014, contaba con 53 años, por manera que no tenía permitido regresar al RPM por cuanto le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.



Indica que, conforme a lo manifestado en su interrogatorio de parte, la actora antes del traslado, ya conocía las diferencias entre el RAIS y el RPM. Acota que no deben dejarse de lado los actos de relacionamiento a los que hizo referencia la Corte Suprema en sentencia SL1061 del 22 de febrero de 2021, pues en virtud de dicha decisión, por el hecho que una persona se traslade de un fondo a otro, es dable presumir que conoce las condiciones de los mismos, así como las ventajas y desventajas, y por ende, es su voluntad continuar en el RAIS. Concluye indicando que la Corte Constitucional ha expresado que una persona con edad ya consolidada para acceder al derecho pensional no puede verse subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados, pues ello resulta contrario al principio de eficiencia y al concepto de equidad contemplado en el artículo 95 de la Constitución Política. Finalmente, refiere que la condena que le fue impuesta debe condicionarse al traslado efectivo de los dineros provenientes de las AFP demandadas.

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 pudo demostrar claramente que las aquí demandadas la indujeron a error, pues suscribió el formulario de traslado al RAIS, bajo artimañas engañosas, con la convicción errada de estar suscribiendo unos elementos totalmente distintos, favorables a su futuro pensional, acotando que del acervo probatorio es posible constatar que nunca fue informada en debida forma de las consecuencias que este traslado de régimen y de fondo le traería.



Parte demandada: La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia por considerar que brindó información cierta y suficiente a la aquí demandante, quien realizó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria y adicionalmente, no hizo uso del derecho de retracto que le asistía. De manera subsidiaria, solicita absolverla de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios, son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993.

A su turno, el apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume



auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en la prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el 23 de julio de 1994, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de junio de 1998.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 61 a 68 del archivo 001 el 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 MARIA DEL SOCORRO CASTRO PATIÑO 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 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. 26 archivo 001), copia de partida de registro civil de nacimiento (fl. 27 archivo 001), formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fls. 28 y 215 archivo 001), certificación laboral emitida por Siemens (fl. 29 archivo 001), reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 30 a 31 archivo 001), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 32 a 75, 80 a 81 y 170 a 172 archivo 001), precálculo pensión modalidad de retiro programado (fls. 76 y 169 archivo 001), resumen de historia laboral emitida por Colfondos S.A. (fls. 77 a 78 y 73 a 175 archivo 001), formulario de afiliación expedido por Colfondos S.A. (fls. 79, 135 y 176 archivo 001), historial de vinculaciones SIAF de ASOFONDOS (fl. 115 archivo 001), certificado de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 215 y vuelto archivo 001), historia laboral consolidada emitida por la AFP Porvenir (fls. 216 a 220 archivo 001), comunicados de prensa (fls. 221 a 225 archivo 001), expediente administrativo (carpeta 002) e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y el representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Archivo de audio 13).



Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083,



reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos



incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no



solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. **Debida Diligencia.** Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de



la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente.



Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.



En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el



momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.



Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.



De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.



AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 13 de agosto de 1984 hasta el 31 de agosto de 1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (carpeta 002 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR el 23 de julio de 1999 (fl. 215 archivo 001 del expediente digital); posteriormente, el 14 de octubre de 2014, se vinculó a la AFP Colfondos (fl. 176 archivo 001 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 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. 215 archivo 001 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 *«En esa reunión se sentaron señores de Porvenir y nos dijeron en primera instancia que el Seguro Social se acaba, Seguro Social se acababa y que entonces si no nos trasladamos a los fondo de pensiones privados perderíamos nuestra pensión, es lo primero que nos dijeron, qué más nos dijeron, que esa era una forma de ahorro*



donde íbamos a tener mayor rentabilidad, también que podíamos retirarnos cuando nosotros lo quisiéramos, porque ya que iba a ser un ahorro en ese entonces, pues sabiendo que era mi futuro y éramos muchos empleados en esa época, entonces pues nos llevaron un formatico que era así a mano lo hicieron a mano una señorita yo me acuerdo mucho que fue una señorita y entonces yo pensando en mi pensión pues me trasladé y no recibí pues más, no nos dijeron que el Seguro Social se cambiaba de razón social, que eso iba a seguir, eso nunca me lo dijeron (...) sí lo supuse que era que pues generaba más intereses y cuando yo me fuera a pensionar pues iba a ser más alto, yo pensé sí, pero yo en ese momento ni le pregunté, bueno hágame una proyección para cuando cumpla los 57, no lo hice (...) El ahorro, pues lo que a uno le descuentan por la pensión y yo le entendí que eso iba a generar unos intereses y esa plata se iba a ahorrar ahí y en el momento que yo quisiera pues la reclamaba, ella me dijo que en el momento que yo quisiera me la daban, si por ejemplo, si yo quisiera mi monto que tengo ahí no sé cuánto era, me la podrían dar, me dijo que sí (...) un día iba para el casino y se me acercó un señor de COLFONDOS y me dijo bueno pues a decir con una compañera que estábamos ahí, ustedes en qué fondo están, ellos, dije en el fondo privado entonces yo en ese momento cometí un error que confundí COLFONDOS con COLPENSIONES, el señor me dijo claro que tú te puedes cambiar, quién te ha dicho que no te puedes cambiar, sí, y yo en esa época pues estaba ya con ya me estaba enterando como que COLPENSIONES si existía, entonces por eso me cambió el señor y me dijo que esto era lo mismo que COLFONDOS, PORVENIR era lo mismo, pero que COLFONDOS tenía mejor rentabilidad a las demás» (Audio 13 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 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.

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).



A lo anterior debe sumarse que, sobre la tesis de los actos de relacionamiento, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, mediante la sentencia STP15228-2021, ordenó a la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, deje sin efecto el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021 y resuelva nuevamente el recurso extraordinario de casación, acatando los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral –permanente en relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional o, surta el trámite previsto en el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016, con el fin que la Sala permanente se pronuncie sobre la necesidad de modificar la línea jurisprudencial relativa a la consideración de los llamados «*actos de relacionamiento*» como factor de definición de la eficacia del traslado de régimen pensional.

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 la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:



«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, 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 indexados ante la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo dispuso la falladora



de primera instancia, siendo claro además, que tal aspecto es de competencia del juez laboral.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

La demandada Porvenir S.A. manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. 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 Porvenir S.A., 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 Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 27 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARIA DEL SOCORRO CASTRO PATIÑO** contra **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. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor", is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones en la suma de \$600.000, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **BLANCA CECILIA MÉNDEZ VARGAS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se

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»



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 **Jeimmy Carolina Buitrago Peralta**, identificada con cedula de ciudadanía No. 53.140.467 de Bogotá y tarjeta profesional 199.923 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **BLANCA CECILIA MÉNDEZ VARGAS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de Porvenir S.A. el 1° de abril de 1996. Como consecuencia, condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y sus rendimientos, realizados en su favor por los diferentes aportantes, junto con toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituye su historia laboral, desde el 1° de abril de 1996; condenar a Colpensiones a activar su afiliación, recibir y



registrar en las bases de datos la información correspondiente sus aportes, que le sean entregados a la AFP Protección S.A.; condenar a la AFP Protección a devolver a Colpensiones las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas por el período en que cotizó a esa administradora; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita* costas y agencias en derecho (fls. 3 y 4 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 3 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 25 de marzo de 1964, motivo por el cual cuenta con 56 años. Que se afilió al otrora ISS desde el 6 de agosto de 1993. Refiere que en marzo de 1996, sin recibir la información necesaria, o la debida asesoría y las explicaciones sobre las diferencias entre los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1994, suscribió formulario de traslado de régimen previamente impreso por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. Agrega que no le fueron informados los requisitos exigidos en el RAIS para acceder al derecho de pensión de vejez y las diferentes modalidades de éste, como tampoco se le indicó el ahorro que debía alcanzar para pensionarse, ni las condiciones para acceder a una prestación anticipada. Indica que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Protección S.A., sociedad que al responder una petición suya le informó que su pensión en el RAIS y en el RPM presenta una diferencia en el monto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió y, que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda. Añade que la activa no acredita error, fuerza o dolo, en la vinculación a la AFP, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad o ineficacia, puesto que al ser taxativas las causales de nulidad, es potísimo probarlas en el proceso. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (Fls. 3 a 10 archivo 007 del expediente).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones formuladas en su contra, al considerar en esencia que afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida y eficaz, ya que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera Libre, voluntaria y sin presiones; en ese sentido, no puede predicarse que siempre ha estado afiliada a Colpensiones, adicionalmente se encuentra a menos de 10 años para pensionarse,



por lo que está inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para trasladarse nuevamente de régimen pensional. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados 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 por 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 20 archivo 008 del expediente digital).

Mediante auto del 9 de marzo de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Archivo 09 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 1º de diciembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS el 1º de



mayo de 1996 a través de la AFP Porvenir y declarar válidamente vinculada la activa al RPM; **condenar** a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, incluidos los cobrados por Porvenir, debidamente indexados; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones a través de la AFP Protección S.A., los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación de la demandante al RAIS durante el tiempo en que permaneció en dicha sociedad, debidamente indexados; **condenar** a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Protección S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la activa al RAIS, una vez ingresen los dineros y a actualizar su información en la historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva y **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A. (Archivo de audio 020 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 Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias



particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que los gastos de administración que el Juzgado de Conocimiento ordenó devolver, han sido descontados por la administradora en virtud de la normativa vigente, a más que en el caso que nos ocupa no se evidencia ningún tipo de detrimento en la cuenta de ahorro individual de la convocante. Señala que por el contrario, los aportes depositados en la cuenta sufrieron un incremento por concepto de rendimientos financieros, que fueron producto de la gestión de la sociedad. Indica que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, los gastos de administración se descuentan en ambos regímenes pensionales, por lo que su devolución no es procedente, menos aun cuando tal proceder resulta contrario a la misión constitucional de la AFP y al principio de la eficacia pensional, relativo a obtener la mejor utilización de los recursos administrativos y financieros para asegurar el reconocimiento y pago, de forma adecuada, oportuna y eficiente de los beneficios del Sistema de Seguridad Social. Concluye indicando



que la condena en controversia genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento patrimonial a la AFP Porvenir.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues estos constituyen descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo 6° de la Ley 797 de 2003, en el 3% que además opera en ambos regímenes pensionales. Aduce que obra en el expediente certificado de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues en ella realizó aportes por \$3.000.000, y por virtud de la gestión de la AFP Protección, tal capital reportó unos rendimientos de \$51.000.000, siendo claro que la devolución de los gastos por administración, representa un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, quien recibiría una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, a más que ya se le están trasladando los rendimientos financieros, por manera que la AFP tiene derecho a conservar la comisión conforme al artículo 1746 del Código Civil y lo indicando por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia del 9 de septiembre 2008 M.P. Eduardo López Villegas. Agrega que el ente regulador de las administradoras de fondos de pensiones, es decir la Superintendencia Financiera, ha establecido que debe darse



cumplimiento al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, en el sentido que un traslado de régimen pensional implica el traslado de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y el fondo de garantía de pensión mínima, sin incluir los gastos de administración. Acota que de confirmarse la decisión del *a quo* sobre este aspecto, se generan unos perjuicios contra el patrimonio de la AFP Protección, máxime que la devolución de los gastos de administración se ordenó de manera indexada, lo cual podría revisarse desde el plano de la responsabilidad civil, sobre todo porque en el caso de marras no se adujeron perjuicios por parte de la activa y mucho menos fueron demostrados por esta. Concluye indicado que los dineros en controversia si pueden verse afectados por el fenómeno de la prescripción, toda vez que se trata de conceptos que se descuentan de manera periódica y no financian la prestación por vejez.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que se encuentra plenamente probado que no recibió por parte de la demandada PORVENIR S.A. (entidad que no se opuso a las pretensiones de la demanda) al momento de la suscripción del formulario de



traslado de régimen pensional, información clara, completa, suficiente y necesaria, que le permitiera tomar una decisión, pues no recibió una información que le permitiera tener en dicho momento un conocimiento informado de las características, condiciones, beneficios y riesgos que conlleva el cambio de régimen pensional, lo cual hace que el traslado sea ineficaz, tal como lo ha sostenido la H Corte Suprema de Justicia en reiterada Jurisprudencia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 27 a 28 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 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*, el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o si esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. 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.

Denotando que, ante la carencia de reparo por la AFP Protección y la AFP Porvenir 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. 15 archivo 001), certificación estado de afiliación expedido por Colpensiones (fl. 16 archivo 001), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 17 a 22, 27 a 30 archivo 001, 39 a 52 y 59 a 62 archivo 008), historia laboral emitida por la AFP Protección S.A. (fls. 23 archivo 001, 43 a 46 y 63 a 76 archivo 008), historia no válida para bono pensional (fl. 24 a 26 archivo 001 y 57 a 58 archivo 008), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 11 a 17 archivo 007), expediente administrativo allegado por Colpensiones (fls. 18 a 78 archivo 007), reporte estado de cuenta emitido por la AFP Protección (fls. 22 a 35 archivo 008), historial de afiliaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 36 a 37 archivo 008), formulario de afiliación a la AFP Protección (fl. 38 archivo 008), reasesoría efectuada por la AFP Protección (fls. 80 a 83 archivo 008), comunicados de prensa (fls. 103 a 105 archivo 008), formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 5 archivo 017), historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 6 a 9 archivo 017), e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y el representante legal de la AFP Protección (Archivo de audio 014 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que la señora BLANCA CECILIA MÉNDEZ VARGAS elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de agosto de 1993 hasta el 31 de marzo de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emanada de Colpensiones (folio 11 archivo 007), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 15 de marzo de 1996 (fl. 5 archivo 017 del expediente digital); finalmente, se trasladó a la AFP Protección S.A. el 1º de julio de 2001



(fl. 38 archivo 008 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 el Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP PORVENIR S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de BLANCA CECILIA MÉNDEZ VARGAS; 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 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 las demandadas Protección S.A. y Porvenir 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 que le reportaron rendimientos financieros, siendo del caso que las citadas conserven dichos dineros en aras de evitar un detrimento patrimonial en su contra y un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:



«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 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 convocadas, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas debidamente indexados dado la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como así lo concluyó el *a quo*.

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).

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 Protección S.A. y Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 1º de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BLANCA CECILIA MÉNDEZ VARGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

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 Protección y la AFP Porvenir S.A. dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor", is positioned above the name. The signature is bold and somewhat abstract, with a large loop at the beginning.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is positioned above the name. The signature is very stylized and cursive, with many loops and flourishes.

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 la AFP Protección, en la suma de \$600.000 para cada una.

A handwritten signature in red ink, which appears to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **JOSÉ OLGIBIER GIRALDO** contra **IPS SER
ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S.**
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JOSÉ OLGIBIER GIRALDO**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S.** en Liquidación, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de diciembre de 2015 y el 25 de abril de 2018; que el cargo desempeñado era el de conductor, devengando el salario mínimo legal mensual vigente con horas extras; que durante el vínculo contractual no le fueron pagadas las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, ni vacaciones, conforme al salario mínimo legal vigente con las horas extras; que el demandante terminó el contrato con justa causa.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene a IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS hoy en liquidación, y a FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES, a reconocer y pagar, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones causados entre el 3 de diciembre de 2015 y el 25 de abril de 2018, con el salario devengado; a reconocer y pagar la sanción por no consignación a las cesantías, sanción por no pago de acreencias laborales, indemnización por terminación del contrato en forma unilateral y con justa causa; que se realice una prelación de créditos frente a las sumas reclamadas; se paguen intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, se indexen las sumas reconocidas y se paguen las costas y agencias en derecho.



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 50 de las diligencias, que en síntesis advierten, que, fue contratado por la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., propiedad de los señores FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES mediante contrato de trabajo a término indefinido; que las personas naturales enunciadas son socias en un 50% de la persona jurídica convocada a juicio; que laboró en la IPS desde el 5 de diciembre de 2015 hasta el 25 de abril de 2018; que devengaba el salario mínimo legal mensual vigente más las horas extras; que, el cargo desempeñado fue el de conductor; que cumplía un horario de 6 de la mañana a 5 de la tarde; que prestó el servicio en forma personal y subordinada; que, entre sus funciones se encontraba la de transportar personas en situación de discapacidad hasta sus hogares y clínicas de rehabilitación; que, debido a los constantes retrasos en el pago de la seguridad social y salarios, toma la decisión de retirarse de la empresa el 25 de abril de 2018; que, al retiro de la empresa, no le fueron pagadas las prestaciones sociales causadas durante el vínculo laboral; que radicó solicitud de pago de acreencias ante la empresa y el liquidador de esta el 25 de abril y el 2 de agosto de 2018, respectivamente.

CONTESTACIÓN: La **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS en Liquidación, FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES**, fueron representados por curador ad litem, quien en la oportunidad procesal pertinente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no encontraba acreditada la existencia del vínculo laboral del demandante con los convocados a juicio. Como medios **exceptivos** propuso la genérica, prescripción, temeridad y mala fe (fl. 98).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Catorce (14°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de enero de 2022, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, desde el 3 de diciembre de 2015 y el 25 de abril de 2018, devengando como salario, el mínimo legal vigente para cada anualidad; **condenó** a IPS Ser Asistencia y Transporte a pagar cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y sanción moratoria; **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **absolvió** a las personas naturales de la totalidad de las peticiones; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a la demandada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...de manera que no existe prueba que pueda entrar a valorar el Juzgado como justificativa de la conducta omisiva en que incurrió la demandada en el pago de las acreencias laborales entre el momento de la terminación del contrato y en la data en que los socios decidieron declarar e inscribir el acto de disolución y liquidación de la sociedad y que torne improcedente la imposición de la sanción moratoria deprecada esto es entre 25 de abril y 30 de julio de 2018, pero lo mismo no se puede predicar a partir de 31 de julio de 2018 que se inscribió el acta de junta de accionistas que declaro la disolución y liquidación de la empresa en tanto a partir de allí a juicio del despacho existía una imposibilidad jurídica del liquidador de haber pagos por fuera del trámite y procedimiento que debe seguirse en el proceso de liquidación voluntaria para pagar sus deudas u obligaciones atendiendo la prelación de créditos causadas hasta la fecha de la disolución y liquidación de la sociedad, habida cuenta que la capacidad jurídica de la sociedad en trámite de liquidación voluntaria estará en función única y exclusivamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación en los términos del art 222 del Código de Comercio, el no pago de prestaciones sociales y vacaciones a partir de 31 de julio de 2018 no se puede concluir, se originó en un acto de mala fe del empleador pues el pago de este pasivo laboral debe sujetarse al trámite del proceso de liquidación voluntaria por lo que el presupuesto de procedencia de la moratoria es ausente en este periodo debiéndose entonces dada esta particular circunstancia limitar la imposición de la sanción deprecada, en síntesis, conforme a la valoración de las pruebas la demanda incurrió en



mora durante 95 días, esto es en el periodo comprendido entre 25 de abril y 30 de julio de 2018..”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, reclama que se fulmine condena por concepto de sanción moratoria, al estimar que la liquidación de la empresa no es obstáculo alguno para que sea reconocida la aludida pretensión, máxime que, se encuentra acreditada la mala fe de la convocada a juicio al no pagar al finiquito contractual las prestaciones sociales; en segundo lugar, sienta su oposición frente a la declaratoria de confeso impartida al demandante, frente al pago de prestaciones sociales, al estimar que este no tiene claridad frente a los conceptos auscultados en el interrogatorio de parte y que este se confundió a la hora de contestar sobre dichos pagos; en tercer lugar, señala que al no acreditarse el pago de acreencias laborales, se debe fulminar condena frente a las pretensiones incoadas; finalmente, reclama se condene al pago de la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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 revoque parcialmente la sentencia objeto de reproche, al estimar que, se debe imponer condena por concepto de sanción moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, contra la sociedad demandada y se debe ordenar el reconocimiento y pago de las cesantías, al encontrarse acreditada la existencia del vínculo contractual entre las partes; que al encontrarse acreditado que el contrato feneció por culpa imputable al empleador,



se debe condenar a la demandada al pago de la correspondiente indemnización; solicita se vincule solidariamente a los socios de la empresa demandada, al tener la responsabilidad en el presente asunto; que la empresa actuó de mala fe, al no consignarle las cesantías a su trabajador y no encontrarse acreditado el pago de las acreencias laborales, máxime que la liquidación de la empresa se dio con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y los argumentos esbozados por la sentenciadora de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar si la sanción moratoria impuesta por el juzgado de conocimiento debe reconocerse hasta por los 24 meses e intereses reclamados en la alzada; en segundo lugar, si no era viable declarar confeso al demandante frente al pago de créditos laborales y de ser afirmativa esta premisa, se deberán realizar las operaciones aritméticas de rigor para establecer el monto adeudado por la convocada a juicio IPS SER ASISTENCIA; finalmente, se deberá abordar el estudio de la imposición de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

RELACIÓN LABORAL, EXTREMOS Y SALARIO

No es materia de controversia entre las partes, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que ató a José Olgibier Giraldo y la IPS



Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S. en Liquidación, desde el 3 de diciembre de 2015 hasta el 25 de abril de 2018, tampoco en lo tocante al último salario devengado por el ex trabajador, correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

SANCIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate la parte actora, se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*

Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*



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 el apoderado de la parte actora, frente al límite temporal dado a la condena impuesta por el A quo, frente a la sanción moratoria, al estimar que, esta debe imponerse sin tenerse en cuenta la fecha en que se inscribió ante la Cámara de Comercio de Bogotá², la determinación adoptada por la Asamblea de Accionista, en lo tocante a la disolución y posterior liquidación de la empresa accionada (fl. 13), se procede a estudiar tal situación, advirtiendo desde ya, que no fue alegada, la buena fe, desplegada por la empresa una vez fenecido el vínculo contractual, por lo que, la Sala solamente puede hacer pronunciamiento respecto a los extremos temporales frente a los cuales debe reconocer la sanción.

De acuerdo a las precisiones efectuadas, no puede pasar inadvertido esta Colegiatura que, de acuerdo al caudal probatorio arrimado al cartulario, se tiene únicamente como prueba los Certificados de Existencia y Representación Legal de la empresa IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados SAS en Liquidación, en los cuales se acredita que, la disolución y el estado de liquidación de la empresa, fue registrada ante la Cámara de Comercio el 31 de diciembre de 2018, se itera, sin que se tenga certeza de la fecha en que fue, aprobada el acta final de la liquidación de la IPS.

² 31 de julio de 2018



Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a modificar la sentencia de primera instancia, respecto al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, pues la aludida sanción debe imponerse desde el 26 de abril de 2018 hasta la fecha en que se emita la correspondiente Acta de Liquidación Final de la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS EN LIQUIDACIÓN o se satisfagan las prestaciones sociales debidas declaradas, por la Juez de primer grado, y no hasta el 30 de julio de 2018, como lo señaló la juzgadora de conocimiento, teniéndose presente que el valor fijado, diario correspondió a la suma de \$26.041,4.

Dimanando entonces en la necesaria modificación de la sentencia en este aspecto.

DE LA DECLARACIÓN DE CONFESO

Alega el apoderado de la parte demandante, que no se debió declarar confeso al demandante, frente al pago de acreencias laborales, al estimar que, no fueron comprendidas las preguntas efectuadas en el interrogatorio de parte y al no encontrarse acreditado el pago de acreencias laborales, se debía fulminar las condenas solicitadas en el libelo genitor.

Es así que, para resolver la dicotomía planteada, tiene la Sala en primer lugar, que, en la demanda inaugural, el actor, reclamó el *“reconocimiento y pago de las cesantías causadas y no pagadas desde el día 03 de diciembre de 2015 hasta el día 25 de abril de 2018, **de acuerdo al salario devengado**”* (Resaltado de la Sala), en igual sentido, lo hizo frente a los intereses de las cesantías, prima de servicios y vacaciones³ y en los hechos de la demanda, en forma alguna se

³ Pretensiones 1 a 4, fl. 48



informó que, durante el vínculo contractual no se hubiesen pagado las acreencias laborales.

En segundo lugar, una vez escuchada la declaración rendida por el señor José Olgibier Giraldo, frente a los interrogantes planteados tanto por el curador ad litem, como por la juez de conocimiento, al auscultársele respecto al pago de créditos laborales, señaló.

“Preguntado. Sírvase informar al despacho si durante la vigencia de la relación laboral, usted recibió el pago de las primas legales?”

Contestó. El salario y las primas legales, sí, unas veces demoradas pero hacían el aporte.

Preguntado. Recibió el pago de intereses a las cesantías

Contestó. Entiendo, que el último año, señora Juez, esa parte no se consignó, el último año, en el 2018, que yo me retiré, ese pago si no se hizo, si lo hicieron, lo hicieron extra tiempo doctora.

Preguntado. Los intereses correspondientes al 2015, 2016, 2017 se le pagaron

Contestó. De 2015 a 2016, 2017, sí, pero 2018 no tengo hasta el 14 de febrero supe que no habían hecho el pago aún doctora.

Preguntado. Durante ese lapso, la empresa le pagó el auxilio de cesantías

Contestó. Auxilio de cesantías, sí doctora

Preguntado. Que años le pagó

Contestó. Yo empecé en 2015, eran finales de diciembre, entonces en 2016, 2017, se hizo el pago

Preguntado. La fracción que trabajó 2015, 2016, 2017, le pagaron

Contestó. Si doctora

Preguntado. Le concedió la empresa vacaciones

Contestó. Si doctora

Preguntado. Qué períodos de vacaciones le concedió

Contestó. Me concedió el del año 2015, 2016, cuando cumplí el año y 2016-2017.”



De acuerdo a lo dicho por el señor Giraldo en el interrogatorio de parte IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados SAS efectuó el pago de las cesantías al fondo escogido por el trabajador del período laborado de 2015 a 2017; quedando pendiente por pagar únicamente las causadas durante el interregno del año 2018 (enero a abril), emolumentos que se debían reconocer a la fecha del finiquito contractual.

Ahora, señala el apoderado, que tal manifestación no puede entenderse como una confesión, al estimar que su representado se equivocó o confundió las preguntas que le hicieron, frente a dichos pagos, 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 el demandante no hubiere entendido las preguntas que se le formulaban, pudo solicitar que le explicaran la misma, sin embargo, ninguna duda, manifestación o inconformismo frente a los hechos auscultados generaron las interrogaciones, pues, se itera, no se hizo ninguna observación al respecto, en el decurso de la declaración.

Luego entonces, resulta evidente, que a pesar de haberse reclamado el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, el demandante, fue contundente, al indicar que dichos conceptos, sí le habían sido pagados, a excepción de las acreencias causadas en el año 2018, por lo que, fue el mismo demandante, quien desvirtuó su manifestación y confesó que, el período adeudado no eran los años 2015 a 2017, sino, el año 2018, debiéndose entender que la demandada efectuó el pago de los enunciados emolumentos.

Por otro lado, no puede dejar de resaltar esta Sala de Decisión, que conforme al escrito de la demanda, el demandante centraba su pedimento, en el pago de sus acreencias laborales con el “*salario devengado*”, máxime que, se reclamaba la prestación del servicio en jornada adicional a la laboral, sin embargo, tal aspecto, fue resuelto en forma desfavorable y al no acreditarse cuál era el salario realmente devengado por el actor, pues no podía tampoco salir adelante las pretensiones reclamadas, con salario diferente al declarado en primera instancia.

Finalmente, si el promotor litigioso consideraba que en efecto la demandada había incurrido en un dislate a la hora de realizar el reconocimiento y pago de créditos, 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.

DE LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

De otra parte, solicita el promotor 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 3º y 4º del artículo 99 íbidem, que rezan:

“...3º 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.º 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 bifurcación planteada, la Sala en primer lugar, resalta que como se estudió en forma precedente, al demandante le fueron consignadas sus cesantías, a excepción de las causadas por el lapso de tiempo de enero a abril de 2018, de acuerdo a lo expuesto por el demandante, en el interrogatorio de parte; quedando pendiente por pagar únicamente las causadas durante el interregno del año 2018 (enero a abril), por ello, tal concepto debía pagarse directamente a la trabajadora.

Por lo anterior, habrá de imponer condena por este concepto, al acreditarse que las cesantías e intereses causadas durante el año 2018, no fueron pagadas a la fecha de finalización del vínculo laboral, 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 \$**1.904.666,⁸⁰** conforme lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia, en caso similar⁴.

COSTAS: Dadas las resultas del recurso de alzada, se impondrá condena en costas a cargo de la demandada, IPS Ser Asistencia y Transporte Para Discapacitados SAS y a favor de José Olgibier Giraldo.

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,

⁴ Sentencia CSJ SL 403 de 2013, reiterada en sentencia SL1451-2018



R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **segundo, literal “d”** de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 28 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ OLGIBIER GIRALDO** contra **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a pagar la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST, a partir del 25 de abril de 2018 y hasta tanto se emita la correspondiente acta de liquidación final de la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS SAS EN LIQUIDACIÓN o se satisfagan las prestaciones sociales debidas y declaradas en primera instancia, teniendo como valor del salario diario, la suma de **\$26.041,4**.

SEGUNDO. ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a pagar;

e. Por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, la suma de \$1.904.666,80.

TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandada, **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** y a favor del demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.



Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

(Salva Voto Parcial)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y a favor de José Olgibier Giraldo en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$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-



182020000042 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ** 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 dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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»



182020000042 01 ²

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Mauricio Alejandro Capera Bermúdez**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.110.497.079 de Ibagué y tarjeta profesional 247.584 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución conferida 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 **TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de la AFP Protección S.A. por desconocimiento del deber de información; como consecuencia, condenar a la AFP Protección S.A. trasladar todos los aportes que efectuó, junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a Colpensiones; condenar a Colpensiones a activar su afiliación al RPM, así como aceptar y recibir el traslado de sus aportes, pudiendo solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993; se condene a lo que resulta probado



ultra y extra petita costas y agencias en derecho (fls. 6 a 7 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 25 de mayo de 1960, motivo por el cual cuenta con 59 años. Que se afilió al otrora ISS en calidad de trabajadora dependiente, no obstante, en el año 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. sin recibir la debida asesoría, ni ningún tipo de ilustración en cuanto a la forma en cómo se encontraba diseñado el nuevo régimen pensional. Indica que la citada AFP únicamente le indicó que allí podría pensionarse a cualquier edad, sin ninguna explicación adicional, a más que el monto de su mesada pensional sería igual o mejor al que le correspondería en el RPM, siendo claro que solo le pusieron de presente las ventajas de su traslado, pero jamás se le refirieron las incidencias pensionales de tal decisión, pues no se le explicó que su prestación dependería de las cotizaciones efectuadas en su cuenta de ahorro individual; además renunció a la expectativa legítima de ostentar la calidad de beneficiaria del régimen de transición. Que conforme a proyección pensional, su mesada en el RAIS eventualmente sería equivalente al Salario mínimo legal, monto que resulta inferior al que reconocería el RPM. Que el 4 de diciembre de 2019, agotó la reclamación administrativa.

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 de la demandante se realizó con plena voluntad, quien por decisión



propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., tal como lo indica en el acápite de hechos de la demanda, además, cumpliendo con los requisitos establecido por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se encuentra imposibilitada para retornar al RPM

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, solicitud de condena en costas al demandante y declaratoria de otras excepciones (Archivo Contestación Tulia Cecilia contenido en la carpeta denominada CD FILIO 41 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones elevadas en su contra, al considerar en esencia que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Acota que del formulario de vinculación que suscribió la Señora Tulia Cecilia Traslaviña González, se evidencia que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada; a más que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y



engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, 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 administrado por Protección S.A. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados 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 por 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 (Archivo TULIA CECILIA TRASLAVIÑA contenido en la carpeta denominada CD FILIO 41 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS el 22 de



noviembre de 1996 a través de la AFP Protección y declarar que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo siempre en el RPM; **ordenar** a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la activa, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; **ordenar** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la activa y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros provenientes de la AFP; **declarar** no probada la excepción de prescripción; **condenar** en costas a Protección (Archivo de audio carpeta Audiencia Virtual 22 febrero de 2022 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 Protección S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a 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.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que no es procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, dado que los mismos son exigibles en ambos regímenes pensionales, cuya destinación se encuentra especificada en la ley, no siendo su destinación financiar la pensión de vejez. Aduce que la rentabilidad en el RAIS es superior a la del RPM, por manera que la condena impartida por el *a quo* estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues ya se le están trasladando sumas que son producto de la gestión de la entidad, no siendo lógico que adicional a ello, reciba las cuotas de administración que se descuentan como contraprestación a esos rendimientos entregados a la convocante. Refiere que los seguros previsionales no se encuentran en su poder, ya que fueron entregados a una aseguradora, como tercero de buena fe, para que esta cubriera las contingencias de invalidez y muerte de la activa, durante todo el tiempo de vinculación a Protección, que no están llamadas a retornarse por el simple hecho de no haberse concretado los riesgos en mención. Concluye afirmando que, sobre los dineros en debate, procede la excepción de prescripción, toda vez que son obligaciones de tracto sucesivo y no están destinadas a financiar la mesada pensional.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la carga de prueba no puede ser



definida sin ninguna ponderación y desconociendo el principio de igualdad, pues de conformidad con el artículo 167 del CGP quien afirma la ocurrencia de un hecho, es quien debe demostrarlo. Refiere que la activa no puede sustentarse en la ignorancia de la ley para deshacer una decisión del permanecer en el RAIS tomada hace más de 20 años, realizando aportes para la consolidación de su mesada pensional, siendo claro que su intención con el presente proceso es retronar al RPM, buscando un mayor beneficio. Acota que las características, condiciones, modalidades pensionales propias del RAIS se encuentran contemplados en los artículos 59 y s.s. de la Ley 100 de 1993, los cuales son de alcance nacional, de obligatorio conocimiento para los ciudadanos. Indica que el retorno de la demandante al RPM genera un detrimento a los recursos del Sistema, afectando su sostenibilidad, ya que conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el Decretos 498 de 2007, el valor del aporte fue incrementado, en su distribución porcentual, de manera diferente para cada régimen 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:

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** indica que el



traslado se realizó con plena voluntad del cotizante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad/Ineficacia de la afiliación realizada por la actoral Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (AFP PROTECCION S.A.) y condenar a Colpensiones a recibir los aportes para activar la afiliación al RPM, teniendo en que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, se realizó por decisión propia de la activa, quien la solicitó suscribiendo el formulario de afiliación, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años, a través de los cuales ha realizado cotizaciones al RAIS, sin presentar oposición alguna frente a los descuentos de aportes.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 23 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 TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989



del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fls. 19 a 20), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 21 a 24), formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección (fls. 25 expediente digital y 53 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 26), historia laboral consolidada emitida por la AFP Protección S.A. (fls. 27 a 34 del expediente digital y 56 a 71 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), reporte estado de cuenta expedido por Protección (fls. 30 a 50 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), historial de vinculaciones SIAF de ASOFONDOS (fls. 51 a 52 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), comunicación emitida por Protección (fls. 54 a 55 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), historia laboral válida para bono pensional (fls. 72 a 73 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), comunicados de prensa (fls. 74 a 79 archivo “*TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf*”), expediente administrativo (carpeta CD-FOLIO 51) e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y el representante legal de la AFP Protección S.A. (Carpeta AUDIENCIA 21 DE FEBRERO-2022).



Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.



Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando** las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que



realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples



variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.



En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el



consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores



financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

182020000042 01 22

de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.



Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.



Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió



esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante;



y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

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 18 de septiembre de 1985 hasta el 23 de agosto de 1993, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (carpeta CD-FOLIO 51), para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 22 de noviembre de 1996 (fl. 53 archivo “TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf”), 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 Colmena hoy Protección, 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. 53 archivo *"TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ. Pdf"*).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que empezó a trabajar en una fundación, en donde venían varias "EPS", indicándole que el ISS iba a desaparecer. Que le cuesta recordar qué fue lo que le dijeron para trasladarse, por tanto, no está segura si le hablaron de una cuenta de ahorro individual y de unos rendimientos. Que sí le mencionaron sobre el traslado de sus aportes del ISS al RAIS, y que las condiciones pensionales serían las mismas. Que no le refirieron cuáles eran las condiciones para pensionarse en el RPM (Carpeta AUDIENCIA 21 DE FEBRERO-2022).

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 Colmena hoy Protección 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 la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por COLPENSIONES, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Protección S.A., aduciendo para el efecto que son dineros que se descuentan por virtud de la ley para entre otras cosas, retribuir los rendimientos obtenidos sobre el capital de la afiliada.



Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen



pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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 se impartió en primera instancia. 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.

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 Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 27 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **TULIA CECILIA TRASLAVIÑA GONZÁLEZ** contra **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. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la AFP Protección S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

182020000042 01 32

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

(Salva Voto)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

182020000042 01 33

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-



202020000307 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **DORA MIREYA HORTUA LANCHEROS** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los dos (02) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



202020000307 01 ²

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Gustavo Enrique Martínez González**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.014.196.194 de Bogotá y tarjeta profesional 276.516 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 **DORA MIREYA HORTUA LANCHEROS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el mes de abril de 2009. Como consecuencia, condenar a la AFP Colfondos a trasladarla con todos los aportes para pensión, realizados por ella, e igualmente, se condene a Colpensiones a registrar en su historia laboral todos sus aportes provenientes de Colfondos S.A., así como permitirle continuar cotizando hasta obtener su pensión (fls. 2 y 3 archivo 01 y 108 archivo 03 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 2 archivo 01 y 106 a 108 archivo 03 del expediente digital, que en



síntesis indican que se afilió al otrora ISS hoy Colpensiones desde el 30 de enero de 1992, en donde logró cotizar un total de 143,86 semanas. Refiere que el 1° de septiembre de 2000 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías persuadida por sus promotores, quienes le indicaron que en dicha sociedad su pensión sería igual a la que recibiría en el RPM, a más que podía pensionarse a la edad que deseara y que el ISS sería liquidado. Que no suscribió ningún documento donde constara que recibió asesoría e información suficiente y completa por parte de la citada AFP, como para tomar una decisión reflexiva sobre su futuro y mucho menos recibió una adecuada información sobre el funcionamiento del sistema pensional en el RAIS, que difiere del RPM. Que Colfondos tampoco consideró que no había cotizado en el ISS al menos 150 semanas, para ser beneficiaria del bono pensional, lo cual a todas luces le causó un perjuicio. Concluye indicando que las demandadas se negaron a realizar su traslado al RPM por faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que de cuenta que efectivamente a la demandante se le hizo incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), además, no se evidencia en las solicitudes del actor nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza, que medió una



inconformidad del extremo activo, pues por el contrario, las documentales se encuentran conforme a derecho y dan cuenta de una afiliación libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Añade que, en todo caso, la demandante no reúne las condiciones establecidas en la sentencia SU 062 de 2010.

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 RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y 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. 132 a 170 archivo 07 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le informó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes. Añade que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de



manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica (Fls. 196 a 207 archivo 08 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS el 7 de septiembre de 2000 a través de la AFP Colfondos S.A.; **declarar** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; **ordenar** a la AFP Colfondos S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor; **condenar** en costas a las demandadas (Archivo de audio 014 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 Colfondos S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a 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 el caso objeto de estudio no concurre el vicio del consentimiento por error fuerza o dolo, acotando que nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos, pues no se trata de un error dirimente o error nulidad que afecte su validez. Añade que era carga de la accionante demostrar que fue engañada por los asesores de Colfondos, como así lo afirmó, en virtud del artículo 167 del CGP y la sentencia del 10 de octubre de 2017 emitida por el Tribunal Superior de Bogotá M.P. Carlos Andrés Vargas, la cual claramente no fue atendida por la activa. Refiere que la decisión de primer grado contribuye a la descapitalización del sistema y desconoce que en las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional



refirió que nadie puede beneficiarse de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados del RPM.

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** refiere que vistos los hechos de la demanda, fácil es concluir que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, 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 o rescisión judicial. Añade que compete a la aquí demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello su simple afirmación, acotando que resulta desproporcional, imponer la carga de la prueba en las AFP y en Colpensiones, como entidad más afectada en cuanto a la declaratoria de ineficacia, máxime cuando la afiliación se dio aproximadamente hace más de 20 años, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado.



Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, no se evidencia solicitud elevada ante Colpensiones tendiente a obtener la ineficacia del traslado al RAIS, por manera que se entiende su agotamiento con la radicación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados 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 DORA MIREYA HORTUA LANCHEROS al régimen de ahorro individual administrado



por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identidad de la demandante (fl. 16 archivo 01), comunicaciones emitidas por las demandadas (fls. 23 a 26 archivo 01



y fol. 123 archivo 04), reporte de semanas cotizadas a Colpensiones (fls. 27 a 31 archivo 01), historia laboral no válida para bono pensional (fls. 32 a 34 archivo 01), historia laboral emanada de Colfondos S.A. (fls. 35 a 39 archivo 01), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 09) e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 014).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.



A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de**



allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por



tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).



Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan



adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».



El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.



En tal sentido, el párrafo 1.° 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

202020000307 01 20

Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales,

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a



fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear



la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la



lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos



de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se afilió al otrora ISS desde el 30 de enero de 1992 hasta el 30 de septiembre de 2000, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 27 archivo 01 del expediente digital); para luego trasladarse a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, afiliación que se hizo efectiva desde el 1° de noviembre de 2000, fondo éste último, al



cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, conforme da cuenta la comunicación de fecha 30 de enero de 2020 emitida por la citada (fls. 24 a 26 archivo 01 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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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, mismo que no fue arrimado al informativo por ninguna de las partes.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que trabajaba en el Municipio de Madrid Cundinamarca, en donde fue visitada por unos asesores de Colfondos, quienes le recomendaron a ella y a otros pocos compañeros que se trasladaran a la citada, porque el ISS se iba a “acabar”, a más que en Colfondos se podían pensionar cuando desearan y que había pocos cupos para su afiliación. Que nunca le hablaron de una cuenta de ahorro individual, tampoco le informaron qué sucedería



con sus aportes depositados al ISS, menos sobre los rendimientos financieros o aportes voluntarios, ni los requisitos que debía reunir para causar el derecho a la pensión. (Archivo de audio 014 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 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 Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la



ineficacia de tal acto jurídico, lo cual 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 hoy Colpensiones .

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, no se advierte que el Juzgado Conocimiento haya emitido orden sobre este tópico, no obstante, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido, teniendo en cuenta que 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, indicó que ello constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.



Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, 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. 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.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, devolver a **COLPENSIONES** lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y comisiones durante la afiliación de la demandante a dicha administradora, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

202020000307 01 30

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

202020000307 01 31

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de y 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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLEMENCIA BUITRAGO DELGADO** contra **FLORENCIA PATRICIA ZORRILLA ARAGÓN e INVERSIONES A.C.E. HIJOS & CIA S.C.A. hoy SERMACOL LTDA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los dos (2) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **CLEMENCIA BUITRAGO DELGADO**, por intermedio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra la señora FLORENCIA PATRICIA ZORRILLA ARAGÓN, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido; que se pague la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y establecer que el despido carece de efecto jurídico.

Consecuencia de lo anterior, se ordene pagar la sanción moratoria; dotaciones causadas durante el vínculo laboral; cinco horas extras diarias; a pagar 53 días de incapacidad, gastos de transporte, medicamentos, copagos y exámenes que debió realizarse por el tratamiento y terapias; a pagar la sanción por no haber afiliado a la actora al sistema de seguridad social integral en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar; las sumas reconocidas deben pagarse de manera indexada; y se debe nombrar perito para tasar la compensación en dinero de los perjuicios ocasionados; se aplique lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2022, a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 88 a 89 de las diligencias, que en síntesis advierten, que empezó a trabajar con la señora Florencia Patricia Zorrilla Aragón en junio de 2010, mediante contrato verbal; que, se desempeñó como empleada del servicio doméstico en la casa de la demandada, cumpliendo un horario de 5:00 de la mañana a 8 de la noche; que laboró cinco horas extras durante todo el tiempo laborado; que prestó sus servicios hasta el 1° de febrero de 2012; que el último salario devengado fue el de \$600.000; que la



labor fue desarrollada en forma personal; que el 14 de octubre de 2011 sufrió un accidente laboral y ello causó una ruptura de meniscos y ligamento de la rodilla; que al momento del accidente no se encontraba afiliada a ARL ni a pensión; que, solo hasta el 18 de enero de 2012 se llenó el informe de accidente laboral; que estuvo afiliada al sistema de salud a partir del 23 de septiembre de 2011; que le fue emitida incapacidad médica del 18 de enero al 1 de febrero de 2012 y en ese interregno de tiempo fue despedida; que citó a la demandada ante el Ministerio del Trabajo, pero ella no asistió; que, le fueron emitidas restricciones laborales por parte de la EPS Salud Total; que el 1 de febrero se presentó ante la empleadora, pero esta le dijo que “*así no le servía*”; que, no se contaba con el permiso para despedirla; que tan solo hasta el 29 de febrero de 2012 le pagó la liquidación de las prestaciones sociales; que, debido al accidente sufrido tuvo que alquilar unas muletas en Locatel, después un bastón; que le expidieron sendas incapacidades entre el 15 de octubre de 2011 y el 25 de mayo de 2012; que, no le suministró dotación.

CONTESTACIÓN: La demandada **FLORENCIA PATRICIA ZORRILLA ARAGÓN**, por intermedio de apoderado judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, al fenecimiento del vínculo contractual, le pagó a la demandante las prestaciones sociales causadas a su favor. Como **excepciones** propuso las de, carencia de causa de las obligaciones reclamadas, pago y prescripción (fl. 124).

Con auto del 28 de marzo de 2017, el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación al proceso como Litis consorte necesario a la Sociedad Inversiones A.C.E. Hijos & Cia S.C.A. (fl. 154).

La empresa **INVERSIONES A.C.E. HIJOS & CIA S.C.A. hoy SERMACOL LTDA**, al momento de contestar la demanda, se opuso a



la prosperidad de las pretensiones, sentando su oposición en que, la relación laboral reclamada existió con la Litis consorte y no con la persona natural y a la fecha de terminación del vínculo laboral la demandante no se encontraba incapacitada ni calificada. Como excepciones propuso la genérica de que trata el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y/o 282 del Código General del Proceso; prescripción y caducidad, pago y cobro de lo no debido, buena fe de la demandada e improcedencia de la indemnización moratoria, compensación, buena fe de la demandada e improcedencia de la indemnización moratoria (fl. 159).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 9 de marzo de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 30 de junio de 2011 al 29 de enero de 2012 entre Patricia Zorrilla y Clemencia Buitrago y tuvo como simple intermediaria a la sociedad SERMACOL LTDA; **declaró** que carecía de efecto jurídico la terminación del contrato de la señora Clemencia Buitrago, por su estado de salud; **condenó** a Patricia Zorrilla a reintegrar a la demandante sin solución de continuidad al cargo desempeñado al momento del despido o a uno de mayor categoría conforme al estado de salud y a pagar las acreencias laborales causadas desde el 29 de enero de 2012 hasta la fecha que se produzca el reintegro; **condenó** a pagar 180 días de salario a la demandante; **condenó** al pago de incapacidades médicas; **condenó** de manera solidaria a la sociedad SERMACOL LTDA de las condenas impuestas; **absolvió** de las demás pretensiones; **condenó** en costas a las demandadas.



El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En tales condiciones surge claro para este despacho que el verdadero empleador lo fue la señora Patricia pues fue a favor de esta que la demandante ejerció siempre su labor y fue aquella quién efectuó los pagos y fungió como verdadera empleadora, máxime cuando del dicho de Claudia Patricia Garzón empleada de la sociedad, se tiene que la señora Patricia Zorrilla era la pareja del dueño de la sociedad encartada, por lo que se designó a dicha empleada en el domicilio de la misma. Por tanto, el vínculo con la sociedad fue solo aparente y en ese sentido aquella fungió tan solo como una intermediaria. Bajo este panorama se concluye que el empleador lo fue la señora Patricia, siendo la sociedad Ochoa Chávez Cía, hoy denominada Sermacol Limitada tan sólo una simple intermediaria...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la demandada, **Patricia Zorrilla Aragón**, solicita se revoquen los numerales, 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 9 de la sentencia proferida, al considerar que, quien fungía como empleadora era la empresa Inversiones Ochoa Chávez Cía hoy Sermacol Ltda. y no la persona natural, a las voces del artículo 35 del CST. y que fue esta quien efectuó las afiliaciones al sistema de seguridad social integral, de acuerdo al mismo caudal probatorio arrimado por la actora; que para la fecha de terminación del vínculo contractual, es decir, el 29 de febrero de 2012 la demandante no se encontraba incapacitada; que no se debía solicitar permiso al Inspector del Trabajo para terminar el contrato de trabajo, al no gozar de protección especial y en tal sentido no procedía el reconocimiento de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que la demandada era una simple representante del empleador, cuando realizaba el pago de salarios en forma directa a la trabajadora; que la calificación emitida a favor de la demandante, da cuenta que el origen de la pérdida de capacidad laboral es de origen común y no laboral; que los pagos estaban siendo realizados por la empresa Inversiones Ochoa Chávez Cía hoy Sermacol Ltda. a favor de la ex trabajadora y por ello, no hay lugar a ordenar el pago de estos; frente al pago de incapacidades médicas, debe revisarse tal aspecto, al estimar



que, se ordenó el pago por períodos de tiempo en los que no se encontraba vigente la relación laboral; que se debe absolver por condena en costas a la demandada.

La apoderada de la empresa **Inversiones Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda.**, sienta su oposición frente a la sentencia, en lo tocante a que, la empresa no actúa como simple intermediario, sino como verdadero empleador de la señora Clemencia y Florencia solo actuó bajo la figura de subordinada delegada, para resolver asuntos que se presentaran en forma inmediata, pero el pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y permisos eran resueltos por la sociedad convocada; que el vínculo contractual no feneció por razón del estado de salud de la demandante, por lo tanto, no hubo despido discriminatorio o con fuero de salud; que tampoco fue clara quién debía asumir el pago de las condenas y reintegro de la actora; que tampoco fueron objeto de estudio por la operadora judicial las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda; que para la fecha de la desvinculación, la demandante no tenía incapacidad, calificación de pérdida de capacidad laboral ni dictamen en este punto; que la invalidez que padece la demandante data del año 2018 y no del año 2012 cuando se le desvinculó.

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**, indica que la señora Patricia Zorrilla, aceptó la existencia de la relación laboral entre las partes; que es la persona natural, quien remite informe del accidente de trabajo de la



demandante a la EPS a la cual esta se encontraba afiliada; la liquidación de prestaciones fue elaborada sin membrete e información alguna del empleador; que, quien pagaba los salarios a la trabajadora era la señora Zorrilla; que se debe tener como indicio grave lo dicho por la testigo y por ello, se debe declarar solidariamente responsables a las demandadas.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por las convocadas a juicio en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver en primer lugar, si entre la demandante y Florencia Patricia Zorrilla Aragón existió un verdadero contrato de trabajo o si por el contrario, quien fungió como verdadero empleador fue la Sociedad Inversiones Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda., en caso tal, se pasará al estudio de la solidaridad, con el fin de determinar si en el sub examine se debe aplicar la aludida figura o no; en tercer lugar, se estudiará la terminación del vínculo contractual, haciendo énfasis en la posible protección especial que pudo ostentar la demandante a la fecha de fenecimiento de este y en caso afirmativo, si procedía la



imposición de las condenas estipuladas por la juzgadora de conocimiento.

1. **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO**

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., dispone que «*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, dentro del cual aparecen las siguientes documentales, dado que no fueron tachadas de falso ni reargüidas por la parte en los términos



previstos en el artículo 269 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T:

- Facturas de servicios prestados por la IPS Virrey Solis (fl. 2, 6, 74 a 81).
- Cita de control de terapias emitido por la IPS Virrey Solis (fl. 2).
- Comprobantes de pago de la planilla asistida Pila (fl. 3 a 5, 9 a 11, 13).
- Incapacidad médica (fl. 6, 33, 38, 132, 180, 183, 184).
- Autorización de servicios médicos (fl. 7 a 8, 12, 23, 59, 61, 66).
- Orden de Procedimientos emitido por el Policlínico del Olaya (fl. 8ª, 12, 24 a 26, 47 y 48, 60, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 70 a 73).
- Historia Clínica y órdenes médicas emitida por el Hospital Universitario de San José (fl. 14 a 22, 34 a 39, 49 a 58).
- Exámenes médicos (fl. 27, 29).
- Certificado médico emitido por la ESE Hospital San Antonio – Chía (fl. 28).
- Formato de informe de accidente laboral ante Salud Total EPS y reporte de accidente (fl. 30, 86).
- Cita a consulta de medicina laboral emitida por la EPS (fl. 31, 185).
- Recomendaciones médicas emitidas por Salud Total (fl. 32, 185).
- Contrato de arrendamiento, facturas de venta y paz y salvo suscrito, pagado y emitido por Locatel (fl. 40 a 45).
- Historia clínica (fl. 69)
- Citación ante el Ministerio del Trabajo (fl. 82, 83, 127).
- Registro Único de Afiliados a la Protección Social – RUAF (fl. 84).
- Liquidación de prestaciones sociales (fl. 85, 128, 179).
- Formulario de afiliación a Salud Total, Caja de Compensación Familiar – CAFAM (fl. 129 y 130).



- Comprobante de consignación de cesantías a Porvenir (fl. 131, 186).
- Acta y entrega de documentos a la demandante (fl. 177).
- Comprobante de Ingreso de Patricia Zorrilla (fl. 178, 181)

De otra parte, Clemencia Buitrago Delgado, a la hora de rendir interrogatorio de parte, indicó entre otras cosas que, no había celebrado ningún contrato con la sociedad Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda. y Cía., y que los servicios habían sido prestados en la casa de la señora Florencia Patricia Zorrilla, como empleada doméstica desde el 20 de junio de 2011 al 1° de febrero de 2012; que ella, *“no sabía que estaba por una empresa, yo siempre trabajé en la casa de la señora Patricia Zorrilla y el acuerdo fue verbal en su casa, ella era la que me pagaba, a mí no me pagaba nadie más”*; que la señora Patricia era quien le *“pagaba en su casa y me hacía firmar un recibo, entonces yo no sabía de esa empresa”*; que solo hasta cuando empezó a auscultar frente a la señora Patricia, se enteró de la existencia de la sociedad Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda..

En cuanto a la afiliación al sistema de seguridad social integral, indicó que, se enteró de su afiliación, cuando sufrió el accidente.

En lo atinente a la remuneración salarial, indicó que quien le pagaba era la demandada, *“trabajaba para la señora Patricia Zorrilla y ella era la que me pagaba”*.

La testigo de la parte actora, María Gladys Hernández, señaló en su oportunidad que es amiga de la demandante, que sabe que ella trabajaba en una casa de familia, pero nunca ingresó a la vivienda, ni conoció a la dueña de esta; su conocimiento se centra únicamente en



que su hijo llevaba a la demandante cerca a Unicentro, cuando se le hacía tarde y por ello, sabía dónde trabajaba.

Respecto al accidente de sufrido por la señora Buitrago, informó que, la demandante, la había llamado *“llorando que se había caído y que tenía que ir al hospital”*, ella fue y la acompañó al hospital; agregando que a *“ella la retiraron del trabajo, no le ofrecieron más”*.

A su turno, Claudia Patricia González Navas, indicó que la señora Florencia Zorrilla es funcionaria de la empresa donde ella trabaja; que la deponente es la *“encargada de manejar todo lo relacionado con la ciudad de Bogotá, la empresa se encuentra en Cartagena y yo soy la persona designada para hacer afiliaciones, pagos de nómina, todo lo referente a los inmuebles que están acá en Bogotá”*.

De la relación laboral que ató a las partes intervinientes en el litigio informó que, *“la señora Clemencia Buitrago empezó a laborar para la empresa Ochoa Chávez y Compañía en el año 2011 en junio del 2011 hasta el 2012 esa empresa fue absorbida por inversiones ACE e Hijos y que a su vez ahora es inversiones Almec, continúa con el mismo Nit”*.

El servicio contrato y prestado por la demandante era de *“servicios generales y la ubicación de su trabajo era, no directamente en la oficina donde yo laboro, si no en la casa de la señora Patricia que es familiar, es la ex esposa del dueño de la empresa, del gerente”*, finiquitando su intervención en este punto, con que, los servicios eran prestados directamente en la casa de la señora Zorrilla.

En cuanto al pago de salarios y acreencias laborales, dijo que estos eran pagados en forma quincenal y los enviaba ella directamente *“a la casa de la señora Patricia”*; que a la demandante, se le hizo *“un contrato*



verbal a término indefinido, yo me encargué personalmente de llevar lo que fue dotación hasta la casa de la señora Patricia con el primer sueldo de ella, después esta función, la de entrega de los dineros la hacía directamente un mensajero de la empresa, para evitar que la señora Patricia que también es funcionaria de la empresa se desplazara hasta la oficina donde yo estoy”.

Cuando feneció el vínculo contractual, ella se encargó de citar a la demandante, *“en la oficina para que, pues como tenía que firmarme el recibido de lo que le entregué, más la liquidación, más las prestaciones, ella fue hasta la oficina...”*.

Del accidente de trabajo informó tener *“conocimiento que ella estuvo incapacitada en el mes de octubre por 4 días, posterior a eso en el mes de diciembre ella sale de vacaciones, regresa y cuando regresa, dice que tiene otra incapacidad de quince días, las cuales el término de la incapacidad era el 1 de febrero del 2012 y ella pues yo la cité el 1 de marzo del 2012, porque su contrato terminó el 29 de febrero”*, que al momento de efectuar el pago de las acreencias, le fueron reconocidas las prestaciones legales y una indemnización equivalente a un sueldo.

De las incapacidades emitidas a favor de la trabajadora, informó que, *“la última incapacidad que ella reportó a la empresa fue la que se venció el 1 de febrero, pero ella siguió laborando normalmente, la empresa la asignó a ella a trabajar si en la casa de la señora Patricia en un horario de 8 a 5, pero jamás nos informó que hubiera tenido un accidente, que estuviese incapacitada, o sea cuando ella regresó de sus vacaciones llegó con la incapacidad, la tomó y luego se reintegró a trabajar”*.

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido que, Florencia Patricia Zorrilla Aragón al momento de contestar el libelo genitor a pesar de haberse negado a la prosperidad de las pretensiones, informó que, la demandante sí había prestado sus servicios en su casa, en las labores



del servicio doméstico², desde el 20 de junio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012, manifestaciones que implican una confesión por apoderado, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 193 del Estatuto Procesal General, que señala *“La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”*.

En los anteriores términos, no advierte esta Colegiatura el yerro jurídico que se le enrostró a la juzgadora de conocimiento, al encontrar acreditada la subordinación, al saltar en forma palmaria tal situación de la contestación de la demanda.

DEL SALARIO

Frente a este ítem no existe controversia entre las partes, en el recurso de alzada, máxime que, desde el escrito inaugural se señaló como monto devengado, la suma de \$600.000 y así fue aceptado por la señora Patricia Zorrilla Aragón³ y la empresa convocada a juicio al momento de contestar la demanda.

2. DE LA SOLIDARIDAD

En lo tocante a la aplicación indebida de la figura de la solidaridad, alegada por las convocadas a juicio, Patricia Zorrilla y la sociedad Ochoa Chávez Cía. hoy Sermacol Ltda., debe precisar esta Sala de Decisión que, el asunto jurisdiccional feneció con sentencia condenatoria en el orden anteriormente indicado, declarando a la

² Hecho 2 y 3, folio 88 y 122

³ Hecho 8, folio 88, 123 y 160.



primera como verdadera empleadora y a la sociedad Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda., como simple intermediaria, consecuencia de ello, declaró que la terminación del vínculo de la demandante carecía de efecto jurídico, por razón a su estado de salud, ordenando el reintegro de la demandante, sin solución de continuidad y efectuar el pago de acreencias laborales causados desde el 29 de enero de 2012 hasta la fecha en que se efectúe el reintegro.

De lo anterior debe resaltarse que a pesar de no haberse reclamado la existencia de una solidaridad, en el líbelo genitor, en el fallo objeto de reproche, se argumentó para declarar la referida figura, en que se encontraba acreditado el servicio prestado a favor de la señora Patricia Zorrilla Aragón y no a favor de la Sociedad Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda., siendo esta última, una simple intermediaria, a las voces del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, al efectuar la afiliación de la actora, como su trabajadora, cuando ello, no era así.

Agregándose por esta Sala al derrotero planteado, lo dispuesto en el 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”*, luego entonces, la empresa convocada, se limitó a realizar la afiliación al sistema de seguridad social integral en salud y caja de Compensación a la actora, sin que, impartiera ninguna orden o asumiera su rol como empleadora, pues nótese que la demandante, señaló que no sabía de la existencia de la empresa y tampoco que esta la había afiliado, sino hasta la fecha de fenecimiento del contrato, cuando fue a las instalaciones de esta a reclamar la liquidación final y posteriormente, cuando indagó sobre su empleadora, para instaurar el presente proceso judicial.



De conformidad con las anteriores precisiones, es claro, que en el sub lite, se encontró acreditada la prestación del servicio frente a Patricia Zorrilla Aragón y no frente a la sociedad Ochoa Chávez Cia hoy Sermacol Ltda, por lo que, la sociedad convocada, se limitó a efectuar aportes, pero quien se benefició del servicio de la trabajadora, fue la señora Zorrilla, por lo que, en este punto, se confirmará en este aspecto la sentencia conculcada.

3. 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 inicialmente el Estatuto Sustantivo del Trabajo previó como justa causa para la terminación del contrato de trabajo, conforme modificación efectuada por el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, *“La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa (...)”*.

Empero, dicha normativa fue modulada 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 persona limitada físicamente, puede ser despedida por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

Sobre el particular, juzga conveniente indicar esta Colegiatura que la H. Sala de Casación Laboral ha sido diáfana en fijar los criterios de aplicación de la norma antes relatada, manifestando que para ser



beneficiarias de la consecuencia normativa establecida, se requiere demostrar “a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”⁴

No obstante, esta Sala de Decisión ha considerado la posibilidad de morigerar dicho criterio en parangón con lo enseñado por la H. Corte Constitucional y de la interpretación que deriva de una lectura del artículo 1º de la ley *ejusdem*, al señalar los principios que inspiran la protección laboral de las personas “con limitación en sus derechos fundamentales” y de las personas “con limitaciones severas y profundas”, considerándose la viabilidad de proteger tanto aquellos trabajadores con calificación laboral por entes de seguridad social, como para aquellos que presentan una clara disminución en su salud.

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.

⁴ Sentencia con radicación 41845 del 18 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.



De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medio la 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.

Al respecto, las sentencias T – 281 de 2010 con ponencia del H. Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto y T – 850 de 2011 del Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, indicaron:

“Si el juez constitucional logra establecer que el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona discapacitada se produjo sin previa autorización de la Oficina del Trabajo, **deberá presumir que la causa de éste es la circunstancia de discapacidad que aquel padece y que bien puede haber sobrevenido como consecuencia de la labor desempeñada en desarrollo de la relación laboral o que presentaba el trabajador al momento de iniciar el contrato.** En consecuencia, el juez estará en la obligación de proteger los derechos fundamentales del peticionario, y declarar la ineficacia del despido, obligando al empleador a reintegrarlo y de ser necesario reubicarlo, y en caso de no haberse verificado el pago de la indemnización prevista por el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, deberá igualmente condenar al empleador al pago de la misma.” (Subraya y negrilla de la Sala)

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:



*“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, **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.** Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución.” (Resalta fuera de texto)*

Descendiendo al *sub lite*, evidencia esta Sala de Decisión que en desarrollo de la relación contractual de carácter laboral que existía entre las partes, la IPS Virre Solis el 15 de octubre de 2021, emitió incapacidad médica a la demandante por el término de cuatro días (fl. 33).

Con posterioridad a dicha data, el 18 de enero de 2012, se reportó ante la EPS Salud Total un accidente de trabajo sufrido por la señora Clemencia Buitrago el 14 de octubre de 2011 (fl. 30).

A su turno, la EPS recibió una solicitud de transcripción de incapacidad médica, en la que se le recomendaba guardar reposo por quince (15) días, contados a partir del 18 de enero de 2012, y por ello, citó en forma prioritaria a la afiliada a una consulta el 1 de febrero de 2012, con el fin de realizar *“una evaluación de su caso y validará que la incapacidad se ajuste a sus necesidades en salud”* (fl. 31).

Si bien no obra en el cartulario copia del dictamen emitido por el galeno tratante en la fecha señalada, se puede concluir que esta fue resuelta en forma favorable a la señora Buitrago, dado que, se emitió la incapacidad No. 712756 desde el 18 de enero de 2012 al 1 de febrero de 2012 (fl. 38 reverso).



Por otro lado, a folio 32 obra carta denominada “*Restricciones laborales*” de fecha 1 de febrero de 2012, emitida por la Medica Laboral de la EPS Salud Total, en la que, informa a la empresa Sermacol Ltda, entre otras cosas, que, “*después de realizar un estudio del caso del usuario **CLEMENCIA BUITRAGO DELGADO** con documento de identificación quien se encuentra afiliado a nuestra entidad, con dx TRANSTORNO DE MENISCOS, y con el ánimo que la sra **CLEMENCIA BUITRAGO DELGADO** , continúe siendo productivo para su entidad , nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones por los siguientes DOCE (12) MESES*”, agregándose para tales efectos que,

- *“Evitar dorsiflexión y extensión forzada de miembros Inferiores*
- *Evitar deambular en superficies no lisas*
- *Evitar subir y/o bajar escaleras continuamente. Máximo 2 veces al día*
- *Evitar manipulación de cargas por encima de 8 km, bien sea por levante o arrastre*
- *Alternar bipedestación y sedentación a tolerancia*
- *Continuar controles médicos*
- *Se sugiere respetuosamente la asesoría de salud ocupacional de la empresa”*

Recomendaciones de las cuales tenía conocimiento la empresa Sermacol Ltda, dado que copia de la misiva fue depositada al momento de contestar la demanda y obra a folio 185 de las diligencias.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que al fenecer el vínculo laboral sin justa causa por parte de la demandada el 29 de febrero de 2012, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia objeto de reproche y sobre el cual no se hizo reproche alguno, en esta segunda instancia, la accionante, ya presentaba recomendaciones médicas laborales.

Así las cosas, se puede colegir, sin lugar a dudas, que la señora Clemencia Buitrago Delgado al momento del despido era sujeto de



especial protección, en la medida que le fueron emitidas recomendaciones médicas para desplegar su labor en forma adecuada y sin afectación a su salud; surgiendo evidente que la pasiva, dado el estado de salud que presentaba la actora, debió solicitar autorización ante el Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo.

Ahora, si bien la lesión causada en su rodilla, a causa de una caída en la casa de la demandada y donde prestaba sus servicios, aún no había sido objeto de calificación con porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ello no es óbice para inferir que no es sujeto de protección al tenor de la Ley 361 de 1997, pues, se *itera*, la H. Corte Constitucional ha sido constante y diáfana en señalar que no resulta indispensable contar con la grado de invalidez para establecer si un trabajador o ex trabajador goza de estabilidad laboral reforzada, pues estamos en actos humanitarios de asistencia social, antes de su tasación.

De suerte que, al ratificarse que la accionante al momento de ser despedida se encontraba con recomendaciones médicas por el término de un año, es que emana lógica la configuración de la sanción legal establecida, que atañe a traducir la desvinculación realizada el 29 de febrero de 2012 como ineficaz.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia, en lo tocante al reintegro de la señora Clemencia Buitrago Delgado, al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría, y las consecuencias propias de tal determinación, las cuales fueron fijadas en primera instancia.



4. INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997

Si bien los demandados, reprochan la imposición de la aludida indemnización, esta Sala confirmará la determinación adoptada en primera instancia, ya que, la norma impone al empleador la carga monetaria en caso de terminar el vínculo contractual con un trabajador que se encuentre en una situación de debilidad, luego entonces, la sanción opera *ope legis* al encontrarse acreditado el fenecimiento del vínculo por motivos de salud del trabajador, sin acumularse con las demás sanciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

5. DE LAS EXCEPCIONES

a. Compensación.

Reclama la Sociedad SERMACOL Ltda., que no se hizo estudio frente a las excepciones propuestas por la empresa a la hora de contestar la demanda, en tal sentido debe precisar esta Sala de Decisión, que estas son formas anormales para terminar un proceso por configurarse los requisitos de extinción de las obligaciones -pago, compensación, prescripción, novación, etc-, siendo esta la razón para que los sistemas procesales entiendan que deben estudiarse en la sentencia.

En claro lo anterior y a efectos de abordar el problema jurídico planteado, debe señalarse que al haberse confirmado la declaratoria de ineficacia del despido efectuado a Clemencia Buitrago, deviniendo de tal determinación el reintegro a sus labores y el pago de salarios y acreencias laborales, causadas desde febrero de 2012, es atinado precisar que frente a los valores que habrá de pagarse a su favor, deben descontarse los valores pagados a la actora por concepto de liquidación de prestaciones sociales al finiquito contractual (fl. 128 y 179).



En tal medida, saldrá avante este medio exceptivo propuesto por la convocada a juicio.

b. **Prescripción.**

De la excepción propuesta, 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 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)

Por su parte, la obra adjetiva laboral en su artículo 151, en el mismo sentido, señala: «...*Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual...*». (Resalta de 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 al empleador de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, para que opere la figura de la interrupción.

Es válido recordar que las acciones laborales se pueden interrumpir por medio de dos mecanismos diferentes y que no se excluyen entre sí,



como lo son la extrajudicial, consistente en la reclamación escrita que hace el trabajador al empleador respecto al reconocimiento de sus derechos pretendidos y la otra corresponde a la presentación de la demanda conforme a los términos señalados por el artículo 94 del Código General del Proceso, según lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia Rad. 18515 del 7 de marzo de 2003, con ponencia de la H. Magistrado Dra. Isaura Vargas Díaz.

Siguiendo tal precepto legal, se tiene que, en el sub examine, la actora reclamaba el reintegro a sus labores, entendiéndose de esta manera que, para que, opere el fenómeno prescriptivo deben contabilizarse los términos procesales, desde la fecha de fenecimiento del vínculo laboral, es decir, el 29 de febrero de 2012, y la fecha de radicación de la demanda el 26 de enero de 2015⁵, dado que, previo a la calenda aludida, no se hizo reclamación directa a su empleadora, consecuencia de ello, no operó el aludido fenómeno prescriptivo y por tal motivo no saldrá avante la súplica efectuada.

Frente a las demás excepciones propuestas, también se declararán no probadas, dadas las resultas del trámite litigioso.

6. DEL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS

Reprocha el apoderado de la señora Zorrilla Aragón la condena impuesta, frente al pago de los dos primeros días de incapacidad médica emitida a favor de la demandante, con posterioridad al 29 de febrero de 2012, sin embargo, es bien sabido que si las mismas se expiden por un periodo de dos (2) días, dicha incapacidad se encuentra a cargo del respectivo empleador de conformidad con lo dispuesto en el

⁵ Folio 109 del expediente



artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

Ahora bien, en el sub lite, no puede pasarse por inadvertido que, esta Sala confirmó la declaratoria de ineficacia del despido y por tanto el reintegro de la trabajadora, por lo que, de suyo, los demandados deben pagar las incapacidades otorgadas a la demandante, durante los dos primeros días, tal y como se encontró acreditado en el plenario, al encontrarse la relación laboral vigente a la fecha de emisión de la presente sentencia.

En este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

7. DE LA DEVOLUCIÓN DEL 8,5%

Reclama el apoderado de la demandada, persona natural, lo tocante a la orden de devolución de aportes al sistema de seguridad social, a favor de la demandante, fijado por la Juez de conocimiento.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador



y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

De lo anterior, resulta claro para la Sala que el reembolso deprecado sí es procedente, en la medida que la demandada como empleadora tenía a su cargo un porcentaje en la cotización, que debió ser asumida por el trabajador al ser desvinculada sin el lleno de los requisitos legales, a más que se encontró acreditado el pago de las cotizaciones que efectuó la demandante, por manera que habrá de confirmarse la decisión sobre este punto.

COSTAS.

En esta segunda instancia se condenará en costas a las demandadas, Patricia Zorrilla e Inversiones A.C.E. Hijos & CIA S.C.A. hoy Sermacol Ltda.

En mérito a lo expuesto la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de marzo de 2021, en el sentido de **AUTORIZAR** el descuento de los valores pagados por **PATRICIA ZORRILLA** a favor de la demandante, **CLEMENCIA BUITRAGO DELGADO**, al momento de terminar el vínculo laboral y contenidos en la liquidación de prestaciones sociales, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.



SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. Se impondrá condena en costas a cargo de Florencia Patricia Zorrilla Aragón e Inversiones A.C.E. Hijos & CIA S.C.A. hoy Sermacol Ltda y a favor de Clemencia Buitrago Delgado.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Inversiones A.C.E. Hijos & CIA S.C.A. hoy Sermacol Ltda demandado y a favor de Clemencia Buitrago Delgado en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000), a cada uno de ellos.

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, larger signature in black ink.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **REGINA ESTHER SÁNCHEZ CAMARGO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, 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 veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a María Claudia Tobito Montero, identificada con C.C. No. 1.020.786.735 de Bogotá y portadora de la T.

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»



P. No. 300.432 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, 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 REGINA ESTHER SÁNCHEZ CAMARGO, solicita se declare que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS omitió el deber de asesoría al trasladar a la demandante el 1° de marzo de 1999; que se declare la nulidad del traslado por estar viciado el consentimiento.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a Colfondos Pensiones y Cesantías, a trasladar los aportes y rendimientos, de la trabajadora a Colpensiones; se condene al RPM a aceptar el traslado de la afiliada; se condene conforme a las facultades ultra y extra petita; se condene a los costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 30 a 31 de las diligencias, que en síntesis advierten que, se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales; que Colfondos realizó el traslado de fondo sin asesoría alguna; que se causó perjuicio al efectuarse el traslado de régimen; que nació el 14 de marzo de 1964.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, no existe prueba alguna que acredite que se hubiese hecho incurrir en error a la afiliada. Como medios



exceptivos propuso los de, 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; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; innominada o genérica (fl. 98 archivo 01 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, no se opuso a la prosperidad de las pretensiones. No propuso medios **exceptivos** (fl. 160 archivo 01 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el formulario de traslado fue suscrito en forma libre y sin vicio del consentimiento. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Colfondos; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (archivo 15 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 8 de



febrero de 2022, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado a Colfondos; **ordenó** a Colfondos y Protección a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración y seguros previsionales, debidamente indexados; **ordenó** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de Protección y Colfondos; **declaró** que Colpensiones podía obtener por vía judicial el pago de perjuicios; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colfondos y Protección; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra el despacho que se incumple el deber, que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demuestra los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocer los efectos de trasladarse con atención a su situación personal, cuando ahora la situación personal, les hablo, a su situación salarial, de cotización, IBC, IBL, beneficiarios y ese parangón que debía existir en su momento, con base en esas particularidades en uno u en otro régimen, conforme al escrito de demanda e interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige como quiera que el trasladarse para garantizar una pensión o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, pues, no son propios de una información clara, objetiva, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares que exhibía en su momento la actora al momento del traslado. Paralelamente la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de informar que le asiste al fondo privado, dado que ésta a lo suma, prueba un consentimiento libre de vicios, pero no informado...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Protección**, diserta que se debe revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo tocante a la devolución de comisiones de administración, al ser estos descuentos autorizados por la Ley, además de encontrarse causados y pagados a terceros; que los



aportes fueron remitidos a Colfondos y por ello, no se tiene ningún concepto pendiente por devolver a favor de la actora.

La apoderada de **Colpensiones**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, al no encontrarse demostrado el engaño de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y consecuencia de ello, ordenar la ineficacia del traslado; que la afiliación a las AFPs fue voluntaria y por ende libre de vicios del consentimiento; que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM.

La apoderada de **Colfondos**, interpone recurso contra el numeral segundo de la sentencia y en lo tocante a la devolución de gastos de administración, al encontrarse autorizados en la Ley; que solo procede la devolución de aportes y rendimientos, pero no estos emolumentos, al ser conceptos ya causados, generándose un enriquecimiento sin causa.

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 **Colpensiones**, reclama se revoque la sentencia de primera instancia, al estimar que, se invirtió la carga de la prueba, desconociéndose el antecedente jurisprudencial emitido al respecto; que la actora como consumidora financiera no cumplió con sus obligaciones al no indagar sobre su situación pensional; que se atenta con la sostenibilidad financiera de la entidad al ordenarse a la entidad



recibir a la actora a pesar de no haber efectuado cotizaciones por espacio superior a los 20 años.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 26 del archivo 01 del expediente digital y se corrobora con la respuesta brindada a la reclamación incoada el 15 de enero de 2019.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por 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 Regina Esther Sánchez Camargo al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, respuesta de Colpensiones, Colfondos, a petición (fl. 5, 13 archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 9 archivo 01 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos (fl. 16 archivo 01 del expediente digital); reporte de días cotizados emitidos por Colfondos (fl. 19 archivo 01 del expediente digital); copia de cédula de la demandante (fl. 25 archivo 01 del expediente digital); petición incoada ante Colpensiones, Colfondos (fl. 26, 28 archivo 01 del expediente digital); copia del registro civil de nacimiento de la



demandante (fl. 37 archivo 01 del expediente digital); análisis de situación pensional realizado por la parte actora (fl. 132 archivo 01 del expediente digital); formulario de afiliación a Davivir y Santander (fl. 21, 22, 34 del archivo 15 del expediente digital); respuesta de Protección a solicitud incoada (fl. 24, 32 archivo 15 del expediente digital); reporte de estado de cuentas emitido por Protección (fl. 25 archivo 15 del expediente digital); certificado SIAFP emitida por Asofondos (fl. 30 archivo 15 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*.

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que



conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.



Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que *la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las



características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de



organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse



por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los



consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la



promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».



En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.



De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado



Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.



En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.



De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 2° de noviembre de 1988 al 30 de noviembre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral acopiada por la demandante y Colpensiones (fl. 9 del archivo 01 y 03 del expediente digital), para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 7° de abril de 2000 (fl. 160 del expediente digital), fondo, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones;



supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en informar que, un asesor del entonces Davivir (hoy Protección S.A.), se presentó a las instalaciones de la empresa para la cual trabajaba la demandante, en aquel entonces, diciéndole que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y la única opción que quedaba era trasladarse a ese fondo de pensiones.

Que el traslado efectuado a Colfondos, no obedeció a alguna causa específica, simplemente, consideró que, era el más conocido, pero nada más.

Por otra parte, es reiterativa en señalar que, no le brindaron información alguna sobre el fondo de pensiones al que se estaba trasladando y se enteró de las características mínimas, cuando se dirigió a las oficinas de la entidad a la cual se encontraba afiliada a averiguar sobre su trámite pensional.



No vio la necesidad de retornar a Colpensiones, al estimar que, el fondo al cual se encontraba afiliada, era igual al RPM, sin embargo, la motivación para regresar a la entidad, obedece a motivos económicos.

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 Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó 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 Protección y Colfondos, al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas 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 al censurar la condena por concepto de devolución de gastos de administración, 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.

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 las costas están a cargo de la AFP Protección, Colfondos y Colpensiones a favor de la demandante, Regina Esther Sánchez Camargo, 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,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 8° de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **REGINA ESTHER SÁNCHEZ CAMARGO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS**.

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y las AFPs Protección y Colfondos, dadas las resultas de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor de la demandante, REGINA ESTHER SÁNCHEZ CAMARGO, en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a light blue horizontal line.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-