



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **EDNA LUCÍA VÉLEZ RODRÍGUEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los tres (03) días del mes de junio 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»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01

2

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **EDNA LUCÍA VÉLEZ RODRÍGUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado al RAIS realizado a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., al igual que la vinculación efectuada posteriormente ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. En consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos S.A. trasladarla junto con el saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a Colpensiones a recibirla y mantenerla como afiliada desde el 20 de junio de 1990; se condene a las demandadas a lo que resulta probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 6 a 7 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 6 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 26 de noviembre de 1966; además, que se afilió el 20 de junio de 1990 al ISS. Que el 25 de octubre de 1994 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.; igualmente, que el 15 de enero de 1999 se trasladó a la AFP Colfondos. Que para celebrar el acto jurídico de traslado nunca se le informó cuál sería el capital necesario para ser beneficiaria de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01³

pensión de vejez, ni tampoco cuáles serían los requisitos a cumplir para obtener la garantía de pensión mínima o la devolución de saldos. Agrega que tampoco le informaron sobre la desmejora en la tasa de reemplazo que le sería aplicable, ni sobre el cálculo de la posible pensión cuando adquiriera el derecho o las modalidades de pensión existentes en el RAIS. Que se le indujo a error en tanto se le indicó que el ISS desaparecería y no tendría a quien reclamarle la pensión. Concluye indicando que elevó solicitud de nulidad de su traslado ante las demandadas, no obstante, tal petición fue resuelta de manera desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, de los que emana que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 016 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01⁴

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas propuestas, al considerar en esencia que, sí 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 asesoró 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 en dicho régimen. Agrega que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, además, 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:** 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, compensación y pago y, la innominada o genérica (Archivo 022 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas, por considerar en síntesis que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

5
30202000394 01

fuerza para realizarlo. Añade que el formulario de vinculación suscrito por la demandante, demuestra 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, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Sostiene que esa manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica (archivo 017 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01⁶

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 28 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante de Cajanal a la AFP Colmena hoy Protección, que cobró efectividad a partir del 1° de noviembre del año 1994; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho fondo desde el 1° de enero de 2003 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, acotando que los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y devueltos debidamente indexados; **condenar** a Protección S.A. a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció la demandante en dicha administradora, desde el 1° de noviembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2002, que deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados; **ordenar** a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01

7

RPM; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a Protección S.A. y a Colfondos S.A. (Archivo de audio 33 del expediente digital).

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que las decisiones sobre la ineficacia del traslado están generando un detrimento a Colpensiones, entidad que se ve obligada a aceptar la afiliación de las personas que provienen del RAIS, al igual que actualizar su historia laboral y reconocer la prestación pensional, siendo claro que se le estaría condenando por un hecho en el que nunca intervino, desbordando el concepto de justicia y equidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01

8

Indica que en aras de construir una nueva línea jurisprudencial, en la que se adopten decisiones más cercanas a la justicia, debe ordenarse que el fondo de pensiones Protección en el cual radicó la omisión en el deber de información, reconozca los derechos de los afiliados conforme a las reglas del RPM, lo cual debe estar acompañado de una condena contra Colfondos tendiente a que traslade los correspondientes gastos de administración con destino a la AFP Protección, dado que tal determinación protege los recursos del fondo común administrado por Colpensiones, entidad que viene reconociendo pensiones que no se encuentran sustentadas en la cotización periódica al RPM, pues el traslado de los dineros a la citada, le ha generado un detrimento sobre todo, en lo que se refiere a los valores destinados a los seguros previsionales, el fondo de garantía y el fondo de solidaridad pensional, que no son de fácil recuperación. Refiere que la situación descrita ha sido visualizada en múltiples sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Bogotá, M.P. Marleny Rueda Olarte, en tanto ha adicionado las providencias en el sentido de declarar que Colpensiones puede obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios que se le van a generar en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos, sin las reservas dispuestas para tales efectos, determinaciones que confirman que a Colpensiones se le están generando perjuicios en el ámbito económico en cada una de las sentencias condenatorias emitidas, en tratándose de ineficacias de traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, presentó recurso de apelación parcial frente a la condena relativa a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, por considerar que, dada la buena gestión realizada por dicha AFP se obtuvieron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la parte demandante, a más que se utilizaron para cubrir las pólizas de seguros previsionales y un porcentaje al fondo de solidaridad, el cual debió ser vinculado al proceso. Agrega que la devolución de los mentados conceptos de manera indexada representa una reparación de daños y perjuicios a los aportes de la demandante que no fueron discutidos ni demostrados mediante prueba si quiera sumaria, por el contrario, la buena gestión por parte de Colfondos generó réditos, acotando que la entrega de las cotizaciones y los rendimientos involucran la devolución del 100% de la base de cotización, a más que los frutos son mucho mayores a tales gastos.

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de alzada, al considerar que no es procedente la condena por gastos de administración, considerando que fue el legislador quien autorizó tanto al RAIS como al RPM efectuar el descuento de esos dineros sobre las cotizaciones de los afiliados, con el fin de compensar a las AFP por la administración de sus recursos, y es por ello que en el caso de la demandante, esta reporta rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual. Añade que el artículo 1746 del C.C. establece los efectos taxativos de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10
30202000394 01

declaratoria de nulidad o ineficacia frente a este tipo de actos, por manera que al declarar la nulidad de la afiliación de la activa se generaría como consecuencia, entender que la AFP nunca administró los dineros de la demandante y por ende, no se benefició de los rendimientos financieros, ni se debió generar ningún gasto por administración; no obstante, la normatividad *ejusdem* hace mención de las restituciones mutuas, del reconocimiento de frutos y el abono de mejoras sobre el bien administrado, de suerte que tiene derecho a conservar esas sumas que descontó en la periodicidad establecida en la ley, máxime que no existe ningún detrimento ni daño frente a los recursos de la demandante, quien no lo afirma ni lo prueba. Acota que se extraña en la sentencia el equilibrio entre las partes, en tanto se desconocieron los efectos de la afiliación de la demandante, permitiéndole su retorno al RPM, pese a que se encuentra a menos de 10 años para cumplir la pensión mínima de vejez. Solicita de manera subsidiaria, que se condene a la activa a compensar a la AFP los dineros que en su momento se le entregaron a título de rendimientos financieros, a fin que la condena impuesta por el Juzgado no constituya una afectación a su patrimonio, así como una violación a su derecho de defensa y contradicción, por cuanto en este trámite se dio una discusión que es propia de la responsabilidad civil. Concluye indicando que la condena en costas impuesta por el *a quo* resulta ser desproporcionadas de cara a la naturaleza del presente trámite, respecto del cual no le representa ningún esfuerzo al despacho de conocimiento, dado que se trata de un tema reiterado y repetitivo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

11
30202000394 01

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante y Colpensiones, allegaron sus alegaciones finales.

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 30 a 35 archivo 06 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12
30202000394 01

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 Colfondos 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 S.A. y la AFP Colfondos S.A. en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutará consideración al respecto.

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, derecho de petición elevado ante Colfondos S.A. y sus respuestas (fls. 1 a 16 archivo 06 y fl. 14 archivo 07), formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (fl. 17 archivo 06 y fl. 9 archivo 07), historia laboral expedida por la AFP Colfondos S.A. (fls. 18 a 28 archivo 06 y fls. 15 a 23 archivo 07), precálculo pensión en modalidad de retiro programado (fl. 29 archivo 06), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 30 a 39



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

13
30202000394 01

archivo 06), documento de identificación de la demandante (fl. 7 archivo 07), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 10 a 13 archivo 07), formulario de vinculación ante la AFP Colmena hoy Protección S.A. (fls. 29 archivo 07), dictamen de calificación de invalidez (fls. 24 a 36 archivo 07), cálculo valor primera mesada pensiones RPM (fl. 37 archivo 07), hoja de vida contador (fls. 38 a 39 archivo 07), derecho de petición elevado ante la AFP Protección y su respuesta (fls. 40 a 53 archivo 07), historia laboral expedida por la AFP Protección (fls. 55 a 64 archivo 07), expediente pensional allegado por la AFP Protección S.A. (fls. 38 a 81 archivo 017), expediente administrativo (Carpeta 015) e interrogatorio de parte de la demandante; probanzas de las cuales se colige, que la señora EDNA LUCÍA VÉLEZ RODRÍGUEZ elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de junio de 1990 al 19 de junio de 1991, tal como se advierte de la historia laboral emanada de Colpensiones (folio 10 archivo 07); posteriormente, el 25 de octubre de 1994, estando afiliada a Cajanal, la demandante se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección, conforme emana del formulario de afiliación (fl. 38 archivo 017 del expediente digital), para luego trasladarse, el 12 de noviembre de 2002, a la AFP Colfondos (fl. 17 archivo 06 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14
30202000394 01

de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP Colmena hoy Protección S.A. en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de EDNA LUCÍA VÉLEZ RODRÍGUEZ; 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

15
30202000394 01

produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, porque a pesar que la actora se encontraba vinculada a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, como emanada del formulario de vinculación a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (fl. 38 archivo 017 del expediente digital), 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 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, 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 Colfondos 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

16
30202000394 01

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

17
30202000394 01

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 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*.

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.

Ahora bien, en cuanto a los pedimentos elevados por Colpensiones relacionados con disponer que la AFP Colfondos asuma la pensión de la convocante por el daño que le fue causado a esta, ante la falta del deber de información, al igual que el formulado por la AFP Protección, relacionado con condenar a la activa a la reparación del presunto perjuicio generado a la citada sociedad por la devolución de los gastos de administración, ha de decir la Sala que frente a ello no es procedente efectuar ningún pronunciamiento, en cuanto no hace parte de las pretensiones de la demanda; además, no obra demanda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

18
30202000394 01

de reconvención y dichos puntos no fueron incluidos en la fijación del litigio.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, no siendo atendible la petición de la AFP Protección en cuanto a la disminución de las agencias en derecho, dado que ello debe debatirse a través del recurso de reposición y en subsidio apelación formulado contra el auto que aprueba la liquidación de costas, conforme al numeral 5° artículo 366 del CGP. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de Protección S.A., AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 28 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **EDNA LUCÍA VÉLEZ RODRÍGUEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

19
30202000394 01

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, la AFP Colfondos S.A. y 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.

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

30202000394 01²⁰

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos, AFP Protección y Colpensiones en la suma de \$600.000, para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900742 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA PATRICIA ROJAS BAUTISTA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 tres (03) días del mes de junio 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

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»



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 **ANA PATRICIA ROJAS BAUTISTA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado al RAIS realizado a través de la AFP Horizonte, al igual que las vinculaciones efectuadas con posterioridad ante distintas AFP. En consecuencia, se condene a la AFP Skandia S.A. a girar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; se condene a Colpensiones a aceptarla en el RPM; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 2 a 3 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 4 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que, se afilió al otrora ISS desde el 1° de febrero de 1982. Que a finales del año 1996 los asesores de la AFP Horizonte visitaron las instalaciones de la empresa donde trabajaba, Seguros Fenix S.A., brindando charlas a los empleados donde se les ofreció beneficios superiores a los establecidos por el ISS, omitiendo brindar la información clara y precisa, sobre las incidencias o consecuencias del cambio al RAIS, sin embargo, suscribió el respectivo formulario de afiliación el 16 de diciembre de 1996. Aduce que, basándose en argumentos financieros, el 8 de julio de 1999, se vinculó a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900742 01

3

la AFP Porvenir S.A.; igualmente, el 12 de diciembre de 2001 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A. Que el 30 de junio de 2006, suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander y, finalmente, el 25 de junio de 2006, se trasladó a la AFP Skandia. Refiere que no se le brindó información clara, completa y oportuna hacia el año 2007 sobre su posibilidad de retornar en el RPM. Agrega que, conforme a la liquidación de la pensión de vejez, tal prestación sería inferior a la que le correspondería en el RPM, lo cual nunca le fue informado. Concluye aduciendo que elevó ante Colpensiones, solicitud encaminada a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, sin embargo, a la fecha su petición no ha sido resuelta.

CONTESTACIÓN: La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones invocadas en su contra, al considerar en esencia que, la afiliación de la activa goza de plena validez ante la ley, al no presentar ningún vicio en el consentimiento, dado que fue un acto voluntario que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del C.C. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls. 101 a 113 archivo 01 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas propuestas, al considerar en esencia que, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las mismas. **Excepciones:** Formuló como medios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 del traslado, compensación y pago y, la innominada o genérica (fls. 4 a 15 Archivo 12 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones de la demanda, por considerar en síntesis que, el acto de afiliación se realizó de forma libre y expresa, el cual tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y la AFP, por virtud del que se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como del afiliado y donde constata que este entendió y aceptó los efectos legales, los principales riesgos y beneficios de traslado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y la genérica (fls. 2 a 21 archivo 05 del expediente digital).

De otro lado, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, se opuso a la totalidad de las pretensiones, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900742 01

5

considerar en síntesis 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 que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por tanto, no procedería el traslado de régimen pensional, de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 el 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 de orden público y la innominada o genérica (fls. 2 a 40 archivo 09 del expediente digital).

Finalmente, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones de la demanda, por considerar que el traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900742 01

6

HORIZONTE S.A –HOY PORVENIR S.A, en el año 1996, producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 748247 -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 54A del CPT. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 2 a 28 archivo 07 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante a Porvenir S.A. el 16 de diciembre de 1996; **declarar** que la actora actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a Colpensiones; **ordenar** a Skandia S.A. realizar el traslado de los dineros que existan en la cuenta de ahorro individual de la activa a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, comisiones y cuotas de administración generados durante el periodo de afiliación a su cargo; **ordenar** a todas las AFP convocadas trasladar al RPM, de su propio patrimonio, los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas, de manera proporcional al periodo en el que la demandante estuvo afiliada a cada una de ellas, para lo cual se conmina a Colpensiones, a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900742 01

7

de tales sumas si a ellas hubiere lugar, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones previamente referidos; **declarar** no probada la excepción de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia de traslado; **condenar** en costas a las AFP convocadas (Archivo de audio 22 del expediente digital).

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que el efecto de la ineficacia del traslado, consiste en retronar las cosas a su estado inicial, por manera que no debió ordenarse la devolución de los gastos de administración, al ser propios del RAIS y representar valores adicionales, con los que no cuenta el RPM; además, el retorno de esos dineros genera una descapitalización para todas las administradores de fondos de pensiones. Añade que el regreso de la demandante está generando una descapitalización del sistema general de pensiones, que afecta a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

personas que día a día aportan en el fondo común, conforme a los términos de las sentencias C-1024 del 2004 y C-062 de 2010. Indica que la parte activa durante 20 años realizó actos de ratificación, al efectuar diferentes traslados dentro de las distintas administradoras de fondos de pensiones, por tanto, resulta improcedente la orden a Colpensiones de recibir a la activa, y menos aun cuando no existe un cálculo de rentabilidad que determine si los valores a trasladar, cubren la expectativa pensional de la demandante.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación refiriendo que conforme al artículo 60 de la Ley 100 de 1993, una parte de la cotización se destina a financiar seguros, fondo de solidaridad pensional y gastos de administración, aparte de solventar las prerrogativas pensionales de vejez, por manera que devolver los gastos con cargo a sus propias utilidades constituye una sobre remuneración injustificada de cara a las gestiones de administración que generaron rendimientos financieros y, que en todo caso, se reconocerán pese a la declaratoria de inexistencia del acto jurídico de traslado. Añade que los gastos de administración y los porcentajes dispuestos para el fondo de solidaridad pensional se encuentran previstos en la ley, los cuales ingresaron en el patrimonio de la AFP de manera legítima, más allá del futuro o de las consecuencias que se derivan del negocio jurídico. Afirma que su devolución representa un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, al igual que una vulneración a su derecho a la igualdad y una perturbación a la estabilidad financiera y económica del Sistema General de Pensiones. Concluye indicando que, la condena en costas en su contra debe ser revocada, toda vez que no existe soporte legal para



que la AFP autorice un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional, por lo que la afiliada debía concurrir ante la jurisdicción, para poner a su consideración la ineficacia alegada.

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada, al considerar que el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la ineficacia de traslado, no se debe aplicar de manera indiscriminada y radicar en cabeza suya obligaciones que no le eran exigibles para la data en que el traslado de la activa tuvo lugar, ya que para ese momento la información se brindaba de manera verbal, sin que existiera la obligación de soporte documental distinto al formulario de afiliación. Refiere que conforme al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, es posible esclarecer que a esta se le brindó información sobre las características principales del RAIS, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, lo que sucedería con sus semanas aportadas en el ISS, la generación de los rendimientos financieros, así como que su pensión dependía del capital ahorrado, la posibilidad de efectuar aportes financieros y las modalidades de pensión, por tanto, su decisión goza de validez, más aún cuando en el transcurso de su afiliación a través de actos de relacionamiento, efectuó cotizaciones durante más de 20 años, ratificando su deseo de pertenecer al RAIS, pues nunca hizo uso de su derecho de regreso al RPM. De otro lado, señala que no es procedente efectuar la devolución de los descuentos realizados por concepto de gastos de administración y comisiones, por estar autorizados por la ley dirigidos a la buena administración ejercida por las AFP sobre el capital de la parte demandante que se ha visto incrementado, incluso en porcentajes superiores a los mínimos



establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia. Indica que tal condena representa un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, además, tales sumas no están llamadas a financiar la pensión de vejez, por lo que las mismas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, al ser conceptos de tracto sucesivo. Que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tal devolución solo debe involucrar rendimientos y capital, sin involucrar valor adicional, a más que ha dejado de lado la regla de las restituciones mutuas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia.

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 25 a 26 archivo 01 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ANA PATRICIA ROJAS BAUTISTA al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy 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. 10 archivo 01), formulario de afiliación ante la AFP Horizonte (fl. 11 archivo 01), formulario de afiliación ante la AFP Porvenir (fl. 12 archivo 01), formulario de afiliación ante la AFP Colfondos S.A. (fl. 13 archivo 01 y fl. 102 archivo 12), formulario de afiliación a la AFP Santander (fl. 14 archivo 01), formulario de afiliación ante la AFP Skandia (fl. 15 archivo 01), historia laboral consolidada expedida por la AFP Skandia (fls. 16 a 19 y 113 a 117 archivo 01), comunicado emitido por la AFP Skandia (fls. 20 a 21 archivo 01), liquidación pensión en RPM (fls. 22 a 24 archivo 01), derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 25 a 26 archivo 01), declaraciones extra juicio (fls. 27 a 32 archivo 01), historia laboral válida para bono pensional (fls. 118 a 119 archivo 01), estados de cuenta expedidos por Skandia (fls. 120 a 123 archivo 01), derecho de petición formulado por la activa ante Skandia (fls. 124 archivo 01), expediente pensional de la demandante allegado por la AFP Protección S.A. (fls. 22 a 28 archivo 05), expediente pensional de la demandante allegado por la AFP Porvenir S.A. (fls. 61 a 88 archivo 07), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 10), historia laboral allegada por Colpensiones (carpeta 11), e interrogatorio de parte de la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



33201900742 01

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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible



33201900742 01

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



33201900742 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de enero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (carpeta 10 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte el 16 de diciembre de 1996 (fl. 11 archivo 1 del expediente digital); posteriormente, el 1º de julio de 1999 se vinculó a la AFP Porvenir (fl. 12 archivo 01 del expediente digital); el 12 de diciembre de 2001, se afilió a la AFP Colfondos (fl. 13 archivo 01 del expediente digital), además, el 30 de junio de 2006, se trasladó a la AFP Santander (fl. 14 archivo 01 del expediente digital); finalmente, el 26 de junio de 2007, se vinculó a la AFP Skandia S.A. (fl. 15 archivo 01 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que 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. 11 archivo 1 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que el traslado lo realizó cuando se acercó un asesor de Porvenir a su puesto de trabajo, en la empresa Seguros Fenix, en donde le indicó que debía vincularse a la sociedad porque el ISS iba a desaparecer. Que le fue indicado que sus aportes del ISS se trasladarían a la sociedad y que su pensión dependía del capital y la rentabilidad, pero no entendió ese aspecto. Agrega que se le dijo sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, así como la existencia de rendimientos financieros, pero no recuerda que le hayan mencionado los requisitos para pensionarse en el RAIS, tampoco conocía las condiciones que se requerían en el RPM. Dijo que se le mencionó la existencia de una cuenta de ahorro individual a su nombre y las distintas modalidades de pensión (Archivo de audio 22 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que si bien da cuenta de una asesoría sobre algunas características del RAIS, no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir 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.

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por la demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, la Corporación moduló que:

«(...) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 que se menciona en la alzada, 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 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 a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A. argumentando que dichos dineros fueron descontados conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 para entre otras cosas, remunerar la gestión sobre la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vez 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 parte 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.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada el Juez de primer grado acertó al imponer condena en costas a cargo de la AFP Porvenir, 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, la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 16 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANA PATRICIA ROJAS BAUTISTA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la AFP Porvenir, la AFP Protección S.A. y 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.

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **TULIA ALMANZA LOAÍZA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los tres (03) días del mes de junio 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **TULIA ALMANZA LOAÍZA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado al RAIS realizado a través de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al igual que la vinculación efectuada posteriormente ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. En consecuencia, se ordene a la citada sociedad su traslado a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, así como como activarla en el RPM; se condene a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 5 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que la demandante nació el 14 de febrero de 1957, motivo por el cual a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 64 años; además, que se afilió al otrora ISS, donde cotizó 570 semanas. Que el 15 de febrero de 2001 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al serle indicado por su asesor que no debía continuar afiliada al ISS, ante su inminente liquidación. Añade que, el 29 de noviembre de 2001 se vinculó a la AFP Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías, pues le fue referido que se trataba de un fondo más ventajoso, debido a su solidez; no obstante, ante la mala atención al cliente de la citada, el 6 de noviembre de 2012, se afilió nuevamente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. Que ninguna de las dos AFP en mención, le brindó la debida asesoría y que, conforme a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cálculos pensionales realizados, la pensión de vejez en el RAIS sería bastante inferior en relación con la que reconocería el RPM. Concluye indicando que le fue causado un perjuicio, dado que, al momento del traslado de régimen, no se hizo un estudio pensional, ni se le informó sobre las ventajas o desventajas de estar afiliada al RAIS.

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 inducido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante; por el contrario, se observa que las documentales se encuentra ajustadas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, 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 indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

4

administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 1 a 44 archivo 13 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas propuestas, al considerar en esencia que, el traslado se presentó en virtud del derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes. Agrega que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, al punto que se le indicaron las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., compensación y pago y, la innominada o genérica (fls. 1 a 15 Archivo 010 del expediente digital).

Por su parte, la demandada la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones de la demanda, por considerar en síntesis que, siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

5

100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación con la AFP, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 1 a 26 archivo 12 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 10 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante a Colfondos S.A. y, como consecuencia de ello, se ordena a la citada AFP a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos; **condenar** a Colfondos S.A. y a la AFP Porvenir, 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 esta permaneció afiliada en el fondo privado; **condenar** a Colpensiones a volver a afiliarse a la activa al RPM y a recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a la



administración de pensiones y cesantías Colfondos S.A.; **condenar** en costas a Colfondos S.A. (Archivo de audio 33 del expediente digital).

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que la entidad fue ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de la AFP a la luz de las normas vigentes para el año 2001, data en la que se efectuó el traslado cuestionado, en el que además, no pueden aplicarse disposiciones posteriores que contienen el deber de doble asesoría. Refiere que la demandante efectuó la libre elección de permanecer en el RAIS por más de 20 años, más aún cuando manifestó que su interrogatorio de parte que fue su necesidad y deseo permanecer en el nuevo régimen, en el que efectuó dos traslados, pese a tener la posibilidad de retornar al RPM. Concluyendo que no se encuentran dadas las circunstancias para declarar la ineficacia de traslado, misma que afecta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

7

la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, presentó recurso de apelación parcial frente a la condena relativa a la devolución de gastos de administración, por considerar que, los mismos fueron descontados por el mandato previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, acotando que su destinación ya fue cumplida en beneficio de la demandante, de tal suerte que la devolución de esas sumas conlleva un desconocimiento de la labor de administración de su cuenta de ahorro individual, en virtud de la cual, la activa incrementó su capital. Acota que se está desconociendo la teoría de las restituciones mutuas, pues, aunque se declare la ineficacia del traslado, la activa en todo caso, se está beneficiando de una de las características del RAIS, al permitirse la devolución de sus rendimientos. Señala que los seguros previsionales no pueden ser devueltos, porque ya cumplieron su designación y nunca han sido parte integrante de la pensión de vejez, dado que han sido destinados para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivientes, a través de la adquisición de las pólizas para su debido cubrimiento, siendo evidente que esos dineros ya fueron trasladados a un tercero.

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada, al considerar que la actora se vinculó a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías para el año 2001, sociedad que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

8

mediante escritura pública número 2250 del 26 de diciembre de 2013, fue fusionada por absorción a la AFP Porvenir S.A., entidad esta que adquirió los bienes y derechos de Horizonte, conforme al artículo 173 del C. Co. y se hizo cargo del pasivo interno y externo de ese fondo, no pudiendo recibir como activo ni pasivo los gastos de administración de las cuentas de los entonces afiliados de las AFP Horizonte pensiones y cesantías, ya que ellos no forman parte integral de las mismas, conforme a los términos previstos en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Por manera, que solicitó ser absuelta de la devolución de los gastos de administración y comisiones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante y Colpensiones, allegaron sus alegaciones finales.

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 62 a 65 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por TULIA ALMANZA LOAÍZA 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 identificación de la accionante (fl. 23 archivo 01), derecho de petición elevado ante Colfondos y su respuesta (fls. 24 a 28 archivo 01), formulario de vinculación ante la AFP Colfondos (fl. 29 archivo 1), reporte de semanas cotizadas en Colfondos S.A. (fls. 30 a 53 archivo 01), historia laboral válida para bono pensional (fls 55 a 59 archivo 01), historial de vinculaciones SIAFP Asofondos (fl. 60 a 61 archivo 01), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 62 a 67 archivo 01), cálculo actuarial (fls. 68 a 83 archivo 01), expediente pensional de la demandante, allegado por Colfondos S.A. (fls. 16 a 28 archivo 11), expediente pensional de la demandante, allegado por la AFP Porvenir S.A. (fls. 27 a 56), historia laboral expedida por Colpensiones (Archivo 24), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio carpeta 41).

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



35202100291 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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».



35202100291 01

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



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

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° 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 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



35202100291 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

20

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.



35202100291 01

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



35202100291 01

información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de 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 el 1° de agosto de 1980 al 31 de mayo de 1998, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Archivo 24 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colfondos el 15 de febrero de 2001 (fl. 7 archivo 11 del expediente digital); posteriormente, se vinculó a Horizonte S.A. hoy Porvenir el 30 de agosto de 2001 (fl. 30 archivo 12 del expediente digital); finalmente, el 6 de noviembre de 2012, regresó a la AFP Colfondos (fl. 17 archivo 11 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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, tenía la carga probatoria en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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. 7 archivo 11 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 *«(...) ese traslado se llevó a cabo en la oficina de personal, cuando firmamos el contrato anual y simplemente nos dijeron que estas eran las distintas opciones que había de fondos privados y que ya no estaba la opción del Seguro Social porque estaba, se estaba acabando (...) la información fue muy, muy, muy corta porque simplemente ahí no había asesores, si no eran las personas del personal, de la oficina del personal, nos dieron los formularios y los llenamos y casi que por casualidad yo cogí el de Colfondos»* (Archivo de audio 41 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

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. y Colfondos S.A. argumentando que dichos dineros fueron descontados conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993, y en el caso de Porvenir, esta no cuenta con dichas sumas, al ser recaudadas por la fusionada AFP Horizonte con anterioridad a la declaratoria de la ineficacia de traslado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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, sin que para el caso particular de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Porvenir sea atendible su alegato sobre la fusión de Horizonte, dado que en los términos del artículo 178 del C.Co. la sociedad absorbente se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de la absorbida, lo cual no se modifica por el hecho que la ineficacia de traslado tenga lugar con posterioridad, en tanto conforme a la Ley, Porvenir ocupa el lugar de Horizonte, en sus activos y pasivos.

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 Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 10 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **TULIA ALMANZA LOAÍZA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

29

COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

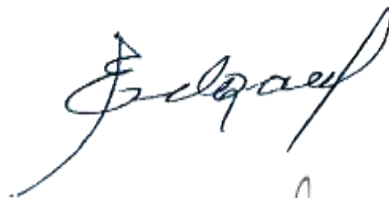
SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la AFP Porvenir, la AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

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.

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

35202100291 01

30

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos S.A., 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 **ERNESTO MANCIPE ORTIZ** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los tres (03) días del mes de junio 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.
2. 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.
3. 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 ERNESTO MANCIPE ORTIZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra Protección, Porvenir S.A. y Colpensiones, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales en 1983 y se trasladó a ING hoy Protección en diciembre de 1998; que a la fecha de su traslado al RAIS contaba con 532,71 semanas y, por tanto, tenía una expectativa legítima de causar el derecho pensional en el RPM; que ING omitió su deber de información a la hora de efectuar el traslado del afiliado y en tal sentido fue inducido a error; que se trasladó a Porvenir en mayo de 2009 bajo engaño, siendo inducido a error, al no brindarle información clara, veraz y suficiente; que se debe declarar la nulidad del traslado efectuado a ING hoy Protección y Porvenir.

Consecuencia de lo anterior se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación del demandante y a Porvenir a devolver las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, frutos e intereses; a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y a pagar las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 10 a 17 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 2 de julio de 1963; que se afilió al RPM en 1983; que, estuvo afiliado en el extinto Instituto de Seguros Sociales hasta 1998; que cotizó al RPM 532,71 semanas; que en noviembre de 1998 el asesor de INEG hoy Protección le ofreció trasladarse al RAIS, ya que tenía mejores beneficios y garantías, como pensionarse con una fecha anterior y tener una mesada pensional superior a la prevista en el RPM; que no le fue realizada una proyección pensional, tampoco le habló de los aportes voluntarios, ni del monto mínimo que requería para el reconocimiento pensional; que solicitó



una proyección pensional, resultando esta inferior a la del RPM; que el 23 de julio de 2019 solicitó el traslado a Colpensiones con fundamento en la nulidad pero esta fue resuelta en forma desfavorable, tanto por Porvenir como la entidad del RPM.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la declaratoria de las pretensiones, al estimar que, las pretensiones iban dirigidas contra un tercero y que, el actor no tenía un derecho pensional consolidado. Las **excepciones** propuestas fueron las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 177 del archivo 01 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, el traslado efectuado por el demandante, había sido efectuado de manera libre. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, innominada o genérica (fl. 233 del archivo 01 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que las peticiones no iban dirigidas en su contra, aunado a ello, el traslado es válido, existente y exento de vicios 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; 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; innominada o genérica (fl. 266 del archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de abril de 2022, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Protección y Porvenir S.A.; **ordenó** a Colpensiones a autorizar el traslado del demandante al RPM; **ordenó** a Protección y Porvenir trasladar a Colpensiones los aportes efectuados por el actor, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional, gastos de administración y demás montos recibidos sin ningún tipo de descuento; **declaró** que Colpensiones podía obtener el valor de los perjuicios que pudiera sufrir; **declaró** no probadas las excepciones formuladas; **sin** costas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Ahora bien sobre el particular se observa por parte despacho que si bien es cierto la vinculación del demandante a través del RAIS a través en este caso en el fondo privado del demandado, si bien no se vislumbra provista de constreñimiento a la voluntad del actor, se tiene que adoleció de la información suficiente en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir plena y libremente sobre su traslado de régimen, es por ello que correspondía a las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A., respectivamente informar sobre las consecuencias futuras del traslado de régimen pensional, para que tal cambio podía en este caso tener consecuencias nefastas a futuro, como ocurre en el presente, razón por la cual esa información era de vital importancia para la correcta elección del



afiliado, en efecto era necesario que este conociera todos los aspectos atinentes a su situación particular a fin de que se cumpliera su expectativa pensional que le permitiera contar con una mesada pensional a la que obtendría de haber permanecido en el régimen de prima media al que venía afiliado...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante**, interpone recurso frente al numeral 6 de la sentencia de primera instancia, al estimar que, Colpensiones y las AFPs alargaron el trámite, deben imponérsele costas a su cargo.

La apoderada de **Protección**, interpone recurso de apelación frente al numeral 3 de la sentencia, al considerar que, los descuentos efectuados al demandante se encuentran soportados en la Ley 100 de 1993; que al declararse la ineficacia del traslado tampoco existirían las rentabilidades.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al estimar que, la declaratoria de ineficacia es improcedente, al encontrarse acreditada la voluntad del demandante para efectuar su traslado de régimen y permanecer en dicho sistema por más de 26 años; que el afiliado no se interesó por asesorarse; que con anterioridad al año 2019 el actor no solicitó se declarar la nulidad de la afiliación, además, este se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM; que para la fecha en que se efectúa el traslado se le brindó la asesoría vigente para dicha data y por tanto no es posible imponer a las administradoras normas no previstas para la época; que en caso de no salir adelante la alzada, se garantice a la entidad la devolución de los dineros obtenidos por el fondo privado a Colpensiones.

A su turno, el apoderado de **Porvenir**, solicita se revoque la sentencia al considerar que, para la fecha en que se efectuó el traslado, con el



formulario de afiliación se materializaba el traslado y las exigencias documentales surgieron con posterioridad al 2014; que no retornó al RPM a pesar de tener la posibilidad de hacerlo, el hecho de permanecer en el RAIS por tanto tiempo demuestran su intención de permanecer en dicho régimen; en forma subsidiaria solicita se absuelva a la entidad de devolver lo descontado por concepto de administración, al ser un descuento autorizado por la Ley y por otro se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, máxime que estos conceptos no están destinados a financiar la pensión de vejez del actor.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia.

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 99 del archivo 01 del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 23 de julio de 2019.



PROBLEMA JURÍDICO

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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



CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 86 archivo 01); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 87, 218 archivo 01); respuesta de Porvenir a petición (fl. 93 archivo 01); simulación pensional (fl. 95 archivo 01); reclamación administrativa ante Colpensiones y respuesta (fl. 99 y 104 archivo 01); petición ante Porvenir (fl. 112); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 212 archivo 01); certificado emitido por Porvenir (fl. 213 archivo 01); relación de aportes emitida por Porvenir (fl. 214 archivo 01); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 215 archivo 01); resumen de historia laboral (fl. 221 archivo 01); reporte de estado de cuentas emitido por Protección (fl. 290 archivo 01); certificado SIAFP (fl. 295 archivo 01); formulario de afiliación a Davivir (fl. 296 archivo 01); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 10).

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



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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 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 conjuge un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de 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 vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 9° de noviembre de 1983 al 31 de octubre de 1998, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el libelo introductor², para luego trasladarse a Davivir hoy Protección (fl. 296 archivo 01 del expediente); de allí migró a Porvenir el 23 de abril de 2009, de acuerdo a la información acopiada en los formularios de afiliación y en el certificado SIAFP aportada al cartulario (fl. 212, 295 y

² Folio 633, archivo 10 del expediente digital.



296), 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 Davivir hoy Protección, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 212 y 296 del archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que para la fecha del traslado efectuado a Porvenir *“en ese momento vinieron a visitarme acá en la empresa, inclusive no a mí solo sino a varias personas que se encontraban aquí trabajando, compañeros de trabajo, dónde vinieron en su momento y lo que nos dijeron inicialmente era que el seguro social iba a fracasar, que se iba acabar, que por la corrupción, que por todo, porque eso es una empresa del gobierno y que había esa oportunidad para trasladarnos a esa nueva situación que se estaba presentando que era Protección entonces debido a todo eso que nos dijeron de que eso era la noticia pues del año y que nos trasladáramos y que si no nos trasladamos pues nos íbamos a quedar sin pensión porque el Seguro se acababa y que la oportunidad para esto era corta y que ellos la persona que nos vino a visitarnos dijo que eso tocaba rapidito decidir y que me podría pensionar en la edad que yo quisiera y por el valor que yo quisiera, razón por la cual que ni siquiera lo pensamos dos veces, en el particular del mío, yo no lo pensé y dije*



venga donde les firmó, esa fue digamos como la parte esencial por la cual me convencieron y, inmediatamente nos trasladamos”.

En lo tocante a la asesoría brindada, indicó que esta había durado entre 20 y 30 minutos, interregno de tiempo en el que, no recuerda si le hablaron de qué pasaría con las semanas de cotización que tenía en el RPM ni tampoco si le hablaron qué pasaría con las cotizaciones en caso de que falleciese y de la posibilidad de realizar aportes voluntarios; sin embargo, informó que, no le hablaron que se crearía una cuenta de ahorro a su nombre y que esta generaría unos rendimientos, tampoco le dijeron que el reconocimiento prestacional dependería de los ahorros que acumulara ni qué requisitos que debía acreditar para tales efectos.

Que el traslado a Porvenir lo realizó por cuanto, le dijeron “*que era un traslado normal dentro de ellos porque Porvenir se iba a hacer cargo de esa nueva pensión o simplemente era un cambio dentro de ellos que no repercutía ningún peligro para nada y por eso se cambió y se firmó sin ningún problema, esa fue la motivación, o sea no había ningún riesgo y como un cambio que se hacía voluntario entre ellos y lo que se entendió en ese momento*”, agregando a su dicho, que no recuerda que le hubiesen llegado extractos de Porvenir.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como tampoco, de cómo se obtendría el capital necesario para obtener el reconocimiento pensional, el motivo por el cual se debía registrar a los posibles beneficiarios ante cada fondo pensional; ni del derecho de retracto, requisitos que debía cumplir para el reconocimiento pensional, así como tampoco, se le habló de los



pagos o aportes que debía realizar por conceptos de seguros, ni la posibilidad de retornar al RPM, previo al cumplimiento de los 52 años de edad, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección, que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante 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 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, 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, 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 entidades de seguridad social a reintegrar tales valores.

Derivación de lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión del A quo, en lo tocante a ordenar la devolución de los gastos de administración por parte de Protección y Porvenir, al devenir como consecuencia lógica de la declaración efectuada.

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.

DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA EN COSTAS

Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

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

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, la Juez de primer grado dispuso en la resolutive no condenar en costas a las demandadas, echando de menos lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que se modificará el numeral sexto de la sentencia



objeto de reproche y en su lugar se ordenará al juzgado de conocimiento, fijar las correspondientes costas y agencias en derecho causadas en primera instancia a cargo de las demandadas convocadas a juicio.

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Protección, Porvenir y Colpensiones y a favor del demandante, Ernesto Mancipe Ortiz, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ERNESTO MANCIPE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN** a reconocer y pagar a favor del demandante las costas causadas en primera instancia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de estudio.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las demandadas y a favor del demandante, 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **ANTONIO BERMÚDEZ PINTO** 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 tres (03) días del mes de junio 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 **ANTONIO BERMÚDEZ PINTO** a través de apoderado judicial, pretende se declare que es beneficiario del régimen de transición, al igual que le asiste el derecho al reconocimiento de una pensión por vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990; como consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de la prestación a partir del cumplimiento de la edad, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folio 11 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 12 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que nació el 20 de julio de 1943, motivo por el cual cuenta con 74 años de edad; además, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 717,43 semanas. Añade que cuando cobró vigor el Acto Legislativo 001 de 2005, ya contaba con 769,15 semanas de cotización. Indica que solicitó ante la accionada el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante las Resoluciones 38832 de 2007, GNR 407109 del 21 de noviembre de 2014, SUB 127596 1 11 de mayo de 2018 y DIR 11012 del 12 de junio de 2018, resaltando que en el primero de los actos administrativos en referencia, le fue reconocida una indemnización sustitutiva, la cual consintió por recomendación de asesores del ISS. Que carece de cualquier sustento para llevar una vida digna.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición al reconocimiento pensional, por considerar que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que no cumplió la densidad de semanas necesarias para ser acreedor de una pensión conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado que entre el 20 de julio de 1983 y el 20 de



julio de 2003, sólo cotizó 199 semanas y en toda su vida laboral un total de 770,14 semanas. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica (folios 41 a 44).

Mediante auto emitido en audiencia del 22 de febrero de 2022, el Juzgado de Conocimiento reconoció como sucesora procesal a la señora MARÍA ELISA DELGADO RODRÍGUEZ, en calidad de cónyuge del demandante, quién falleció el 16 de marzo de 2020 (Archivo 05 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de febrero de 2022, resolvió **absolver** a la demandada, de todas las pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas a la parte activa (folio 132).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que si bien el actor es beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 40 años de edad y acreditó 770,14 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005, lo cierto es que no acredita las semanas mínimas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, pues dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima cotizó 199,44, a las que no pueden sumársele los ciclos de enero, marzo y mayo de 1998, en tanto ya fueron aplicados a periodos anteriores. Agrega que de considerar los ciclos en mora referidos en su historia laboral, del 5 de octubre al 31 de diciembre de 1994, solo completaría 211 semanas dentro de los 20 años anteriores, y no alcanza el mínimo de 1000. Concluyendo que el actor no reúne las condiciones para reconocer a su favor la prestación reclamada.

CONSULTA

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



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandada allegó sus alegaciones finales.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la 001076 de 2004 donde se alude la solicitud prestacional del 5 de agosto de 2006, que obra en el expediente administrativo (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 la 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 señor ANTONIO BERMÚDEZ PINTO cumple con las previsiones normativas para ser beneficiario de la prestación pensional por vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.



PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver este tópico, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos.

Así entonces, en principio, el reclamante resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, al evidenciarse que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con 50 años, dado que nació el 23 de julio de 1943, conforme emana de la copia del registro civil de nacimiento obrante en el expediente administrativo (Archivo 03 del expediente digital). Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el parágrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando



en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que el demandante cumple con las previsiones de este Acto Legislativo, teniendo en cuenta que pretende el reconocimiento pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, que reguló para la adquisición del derecho pensional en su artículo 12, contar con *«a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo»*

Sobre el particular, necesario es indicar que al cumplir el convocante a juicio la edad pensional el 23 de julio de 2003 de acuerdo a la fecha de nacimiento ya mencionada, resulta indudable que se encuentra dentro del primer escenario, atinente a dejar causado su derecho pensional con antelación al año 2010.

En tal contexto, descendiendo a verificar el cumplimiento de las previsiones establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que el convocante del 3 de febrero de 1969 al 30 de noviembre de 1999, contaba con un total de 770,14 semanas, de las cuales 199,44 fueron cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión (23 de julio de 2003 al 23 de julio de 1983), conforme se constata de la historia laboral obrante en el expediente administrativo visible en el archivo 03 del expediente digital.



Conclusión que se reitera si se suman las semanas que se reportan en mora en las distintas historias laborales obrantes en el expediente administrativo del actor (Archivo 03), pues tomando en consideración los períodos que reportan deuda con el empleador ADMON DE PROPIEDAD MENDEZ Y CIA del 1° de octubre de 1994 al 31 de octubre de símil año y con el empleador ALVARO MENDEZ Y CIA LTDA, por 12 días de noviembre de 1997, los meses de enero, marzo y mayo de 1998, solo se obtendrían 27,42, que sumadas a las restantes, arrojarían un total de 797,56 semanas, de las cuales 226,86 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, no emanan cumplidos los presupuestos para establecer que ANTONIO BERMÚDEZ PINTO es acreedor de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, menos aún, los previstos en la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como quiera que su artículo 33 también exige para el año 2003 1000 semanas mínimas de cotización, mismas que se *itera*, no se demuestran en este caso.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

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



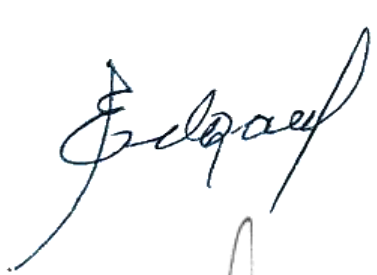
RESUELVE

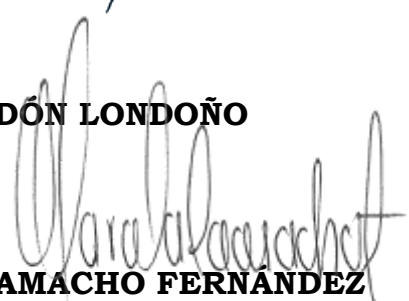
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANTONIO BERMÚDEZ PINTO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia sin costas 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


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


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 **JORGE ENRIQUE AGUIRRE REYES, JHON JAIRO AGUIRRE SARTA, LUIS ARNOBY AGUIRRE SARTA, ALEXANDER AGUIRRE ZARTA, EUCARIS AGUIRRE ZARTA, SANDRA LEONOR AGUIRRE ZARTA, IDARLENY AGUIRRE ZARTA Y DIANA MARCELA AGUIRRE LARA**, en calidad de sucesores procesales del señor **JORGE ENRIQUE AGUIRRE JARAMILLO** CONTRA **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y LA 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 veintisiete (27) 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JORGE ENRIQUE AGUIRRE JARAMILLO** a través de apoderada judicial, pretende se imparta condena en contra de la demandada, encaminada a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez de origen profesional, desde la fecha en que le fue estructurada esta, y teniendo como salario el devengado al momento del accidente; se indexen las mesadas pensionales; se paguen intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita, así como las agencias y costas procesales.

Como pretensión subsidiaria reclama la reliquidación de la incapacidad permanente parcial pagada por la aseguradora de Riesgos Laborales del Instituto de Seguros Sociales, debidamente indexada y se paguen intereses moratorios.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folios 4 a 6 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que nació el 10 de febrero de 1939; que el 5 de enero de 1984 sufrió un accidente laboral, consistente en traumatismo en ambas rodillas; que, el 12 de septiembre de 1984 la empresa Flota Magdalena certificó la prestación del servicio a su favor entre el 15 de mayo de 1978 y el 18 de septiembre de 1985; que el cargo ejercido fue el de motorista de bus; que se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales para la fecha del accidente; el salario utilizado para liquidar la prestación fue de \$11.972,⁴⁵; que el 20 de diciembre de 1991 le fue reconocida indemnización, por invalidez de origen profesional; que el 14 de agosto de 2014 solicitó copia del expediente pensional y se inició la solicitud de reconocimiento de la indemnización por incapacidad permanente parcial; que el 29 de agosto

de 2019 la accionada brindó información pero no dio respuesta de fondo a su solicitud; que solicitó copia de la historia clínica del demandante ante el Hospital Primitivo Iglesias, pero no recibió respuesta; que el 13 de mayo de 2016 se solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin recibir respuesta.

CONTESTACIÓN: La demandada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que, el demandante no ha demostrado el cumplimiento de requisitos legales para ser declarado como inválido, de acuerdo a los dictámenes emitidos en marzo de 1992 y enero de 1993. Como medios **exceptivos** propuso los que denominó, inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción del derecho, prescripción de la acción, pago, falta de causa jurídica y buena fe (fls. 276).

Con auto del 17 de julio de 2017 se ordenó vincular al trámite procesal como litisconsorte necesario a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP (fl. 291, 299).

La Litis Consorte Necesaria, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, sentó su oposición frente a las pretensiones incoadas, al estimar que, el demandante no acreditó una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con ocasión al accidente sufrido el 5 de enero de 1984. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas, genérica o innominada (fl. 325).

Con auto del 4 de febrero de 2022, se tuvo como **sucesores procesales** del señor Jorge Enrique Aguirre Jaramillo (q.e.p.d.) a los señores, Jorge

Enrique Aguirre Reyes, Jhon Jairo Aguirre Sarta, Luis Arnoby Aguirre Sarta, Alexander Aguirre Zarta, Eucaris Aguirre Zarta, Sandra Leonor Aguirre Zarta, Idarleny Aguirre Zarta y Diana Marcela Aguirre Lara (fl. 784).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de marzo de 2022, resolvió; **condenar** a la UGPP a reconocer y pagar al demandante, la pensión de invalidez de origen laboral a partir del 6 de diciembre de 1990, equivalente en un salario mínimo legal mensual vigente, por catorce mesadas anuales y reajustes legales; **ordenó** a Positiva Compañía de Seguros a trasladar el cálculo actuarial ante el Ministerio de Hacienda y UGPP para efectos de que financien el reconocimiento de la pensión; **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de agosto de 2013; **condenó** a la UGPP a pagar como retroactivo pensional entre el 3 de agosto de 2013 y el 7 de noviembre de 2020, la suma de \$73.507.123, debidamente indexada; **condenó** en costas a la UGPP y a Positiva; **poner** en disposición de la masa sucesoral el retroactivo pensional causado; **ordenó** la consulta de la providencia

“Entonces conforme a estas normas vuelvo y repito el acuerdo 155 del 64 artículos 23 y 24, aprobado por el decreto 3170 del año 64, perdón los artículos 23 y 24 son de este decreto y lo dispuesto entonces en el decreto 1650 del año 77, en su artículo 102, numeral 2, literal a, se tenía derecho para ese momento a una pensión de invalidez, siempre y cuando se tuviera un porcentaje de pérdida de capacidad superior al 20%. Entonces en el presente asunto pues vemos y concluimos que efectivamente entonces el señor demandante al tener un porcentaje de pérdida de capacidad del 30%, tenía derecho al reconocimiento de esta prestación pensional a partir del 6 de diciembre del año 1990, al respecto dispone entonces y frente a la forma en que se debe liquidar esta prestación pensional y teniendo en cuenta el salario devengado para el año 84,

actualizado al año 1990, aplicando el porcentaje que establece esta disposición normativa un 60% sobre el salario base de liquidación \$11.972, devengaba el señor actualizado al año 1990, nos arroja entonces un valor inferior al salario mínimo legal vigente para el año 1990, que correspondía a un valor de \$41.025 pesos, entonces así las cosas se reconocerá entonces esta prestación pensional al señor demandante, como ya lo indiqué a partir de 6 de diciembre del año 1990, en un valor que corresponderá al mínimo legal para el año 90 de \$41.025...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte **demandada, UGPP**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el afiliado no acreditó o cumplió con los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de invalidez de origen profesional, y al emitirse el Decreto Ley 1295 de 1994, se ajustaron los reconocimientos y pagos efectuados a este; que la entidad no debe ser condenada a pagar las costas procesales, pues, esta fue vinculada al trámite litigioso y no tuvo oportunidad de pronunciarse frente a las reclamaciones incoadas por el demandante, al no tener en su poder el expediente administrativo o pensional de este; en caso de confirmarse la sentencia, solicita se verifique la liquidación efectuada, así como los pagos y la indexación ordenada, así como la prescripción y de esta manera garantizar el patrimonio que administra la entidad.

A su turno, la apoderada de **Positiva Compañía de Seguros**, sentó su oposición frente a la sentencia de primera instancia, al estimar que, para la fecha de estructuración de la invalidez del trabajador, la entidad reconoció la prestación solicitada, además, que tampoco se debía imponer condena en costas.

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, tanto la parte demandante y la UGPP, presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme deviene de la solicitud de reconocimiento pensional de fecha 15 de marzo de 1991, de acuerdo a lo expuesto en la Resolución No. 9154 del 20 de diciembre de 1991 (fls. 134).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los reclamos jurisdiccionales impetrados en *libelo genitor* y los reparos del recurso de alzada, esta Colegiatura procede a determinar cómo problema jurídico a zanjar en esta segunda instancia al tenor del artículo 66A del Estatuto Adjetivo Laboral, el establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional, en caso afirmativo, se deberá determinar la norma aplicable al caso concreto y se efectuarán las operaciones aritméticas de rigor, teniendo en cuenta para tal efecto, la excepción de prescripción alegada en la alzada, por la apoderada de la

UGPP, en concordancia de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 18, 108, 218, 242, 243); solicitud de pago de indemnización por invalidez (fl. 33); carta emitida por Flota Magdalena S.A. (fl. 34); copia del reporte de accidente laboral (fl. 35, 136); ingreso a nómina de indemnización (fl. 37, 145); citación personal emitida por el Instituto de Seguros Sociales (fl. 38, 150, 154, 160, 179); constancia de asistencia a tratamientos de rehabilitación, registro y control de citas médicas, tarjeta de comprobación de derechos (fl. 39, 57, 58, 117); solicitud de exámenes de laboratorio y recetario (fl. 40 a 45); derecho de petición dirigido ante el ISS (fl. 46 a 53, 89, 163 a 164, 176 a 178); acta de notificación personal (fl. 54, 149, 151); copia de Resolución No. 51707 del 5 de noviembre de 2004 (fl. 55, 152); respuesta de Colpensiones a petición (fl. 59, 78 a 84, 86, 101); reporte de semanas cotizadas emitidas por Colpensiones (fl. 60); petición incoada ante Positiva y Colpensiones (fl. 62, 65, 67, 72, 75, 87, 209, 236, 239); respuesta de Positiva a petición (fl. 66 a 71); copia acción de tutela incoada contra Colpensiones (fl. 95 a 100); dictamen médico laboral emitido por el Instituto de Seguros Sociales (fl. 102, 219); certificado de medicina laboral (fl. 104, 221); oficios emitidos por el ISS (fl. 105-106, 146, 169-171); informe patronal de accidente de trabajo (fl. 107); solicitud historia laboral (fl. 109); historia laboral emitida por el ISS (fl. 110 a 115); formulario de resumen de solicitud de pensión (fl. 116); retiro al sistema (fl. 120); Resolución 4534 de 1993 (fl. 121); calificación pérdida capacidad laboral emitida por el ISS (fl. 124, 132); recurso de apelación contra dictamen (fl. 125 a 128); resolución No. 003784 de 1992 (fl. 129); terminación de contrato de

trabajo emitida por Flota Magdalena (fl. 133); Resolución No. 09154 de 1991 (fl. 134, 225); Resolución No. 019 de 1996 (fl. 140); formulario de ingreso manual de pensiones de riesgo invalidez, vejez e indemnización (fl. 143); Resolución No. 900352 de 2005 (fl. 147); recursos impetrados por el demandante (fl. 155); Resolución No. 009824 de 2003 (fl. 157); comprobante de pago a pensionados (fl. 159); resumen historia laboral IBL (fl. 161, 180); Resolución No. 011172 de 2001 (fl. 165); consulta de base de datos (fl. 166); relación de novedades emitido por el ISS (fl. 172); trámite de tutela (fl. 173, 197); períodos de afiliación al régimen de pensiones emitido por el ISS (FL. 184); registro civil de nacimiento del demandante (fl. 191); partida de bautismo del actor (fl. 194); liquidación (fl. 195); certificación laboral emitida por Flota Magdalena S.A. (FL. 222); certificado emitido por Transur, Puerto Tejada (fl. 223, 224); Resolución GNR 378984 del 26 de noviembre de 2015 (fl. 227); historia clínica emitida por el Hospital Primitivo Iglesias (fl. 231, 566); derecho de petición incoado ante el Hospital Primitivo Iglesias (fl. 234); certificación emitida por Positiva (fl. 287); historia clínica del demandante (fl. 379); historia clínica emitida por Medimás (fl. 405 a 504); certificado emitido por MSSANAR SAS (fl. 507); formulario de solicitud de calificación a la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca (fl. 519, 525, 698); registro de defunción del demandante (fl. 708); dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional emitido por la Junta Regional del Valle del Cauca (fl. 711); probanzas de las cuales se colige, que Jorge Enrique Aguirre Jaramillo (q.e.p.d.) fue dictaminado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 15% para el 16 de marzo de 1992, estableciendo como fecha del accidente laboral el 5 de enero de 1984², porcentaje que fue confirmado mediante la Resolución No. 3784 del 25 de junio de 1992³, que desató el recurso de reposición y posteriormente, tal exposición, fue confirmada en

² De acuerdo a lo expuesto en Resolución No. 09154 del 20 de diciembre de 1991, folio 134

³ Folio 129

Resolución No. 4534 del 23 de noviembre de 1993, que desató el recurso de alzada ante la entidad administradora (fl. 121), por el accidente laboral acaecido; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL

Al respecto, debe indicar esta Sala de Decisión que, no existe controversia, en lo tocante, al accidente sufrido por el señor Jorge Enrique Aguirre Jaramillo el 5 de enero de 1984, data para la cual se encontraba vigente, el Acuerdo 155 de 1963 aprobado por el Decreto 3170 de 1964, con los cuales se aprobó el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

La mencionada normativa, establecía el pago de incapacidades, pero en forma diferenciada, en primer lugar, cuando el trabajador no puede ejercer el empleo para el cual fue contratado, por encontrarse en un tratamiento médico o cuando ese impedimento disminuye su capacidad física de trabajo y, en segundo lugar, cuando, el afiliado no puede desplegar la labor para la cual se encuentra capacitado.

Fue así como se reguló en dicha preceptiva, el monto a reconocer por concepto de indemnización o pensión, de acuerdo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que tuviese el trabajador, así se dejó sentado en el artículo 24;

“El asegurado que quede con una incapacidad permanente parcial entre el 5 y el 20%, tendrá derecho a que se le pague en sustitución de la pensión, una indemnización en capital equivalente a dos (2) anualidades de aquella.

Las pensiones correspondientes a una reducción de capacidad de trabajo superior al 20% no podrán pagarse en forma de capital.

La incapacidad permanente parcial inferior al 5% no es indemnizable.”

De acuerdo a la norma en cita, tenemos que para el año 1991 y 1993 cuando se resuelve la prestación económica solicitada por el señor Aguirre Jaramillo (q.e.p.d.), este había sido calificado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, con una Pérdida de Capacidad Laboral del 15% y aunque no son certeros los actos administrativos emitidos por la entidad, se da a entender que, se tuvo como fecha de estructuración de la invalidez, la misma fecha de acaecimiento del accidente laboral (enero de 1984).

Para el caso de marras, debe resaltarse que, en el decurso procesal, fue decretado el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, entidad que, el 5 de marzo de 2021, concluye que el señor, Jorge Enrique Aguirre Jaramillo (q.e.p.d.), sufrió un accidente de trabajo y consecuencia de ello, estructura la Pérdida de Capacidad Laboral a partir del 6 de diciembre de 1990, en un porcentaje, equivalente al 30%.

Luego entonces, surge palpable, que la norma bajo la cual se debe dirimir el presente asunto, no es otra que la vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, que en el sub examine no es otra que el Decreto 1650 de 1977, si se tiene en cuenta que, no siempre la fecha del accidente coincide con la materialización del estado de invalidez⁴.

Así las cosas, la aludida normatividad, y específicamente en el artículo 102° se reglan las situaciones o eventos, en los que se considera a una persona, inválida, estableciendo, en el numeral segundo,

“2. Respecto de los seguros de accidente de trabajo y enfermedad profesional:

⁴ SL366-2019, CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 38614, CSJ SL, 4 sep. 2007, rad. 31017

*a). El reconocimiento y efectividad de la pensión de invalidez de origen profesional a que tuvieran derecho los asegurados a quienes, con ocasión de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, les sea determinado un **grado de incapacidad permanente superior al veinte por ciento de pérdida de la capacidad de trabajo, con arreglo a la ley y a los reglamentos.*** (Resaltado de la Sala).

Luego entonces, la norma, establece como porcentaje para reconocer la pensión de invalidez por accidente de trabajo, tener una pérdida de capacidad laboral, igual o superior al 20%, situación que se encuentra acreditada con el dictamen emitido por la Junta Regional del Valle del Cauca, luego entonces, en ningún dislate jurídico se arribó por parte del sentenciador de primera instancia, al concluir que, el señor Jorge Enrique Aguirre Jaramillo, tenía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

ENTIDAD ENCARGADA DE PAGAR LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

Se duele la apoderada de la UGPP, de la orden impartida contra la entidad, en lo tocante al pago del retroactivo pensional causado a favor del demandante, al considerar que ella no es la llamada a sufragar dichos pagos, para tal efecto, debe rememorar esta Sala de Decisión que, el Instituto de Seguros Sociales, en su génesis, tenía a cargo, no solo el fondo pensional, sino también el asistencial o médico y de Riesgos Laborales⁵.

Pese a lo anterior, con la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, se ordenó la separación de las cargas o subsistemas que antes se encontraban a cargo del Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado (artículo 8°).

⁵ Ley 90 de 1946

Fue así como, los trabajadores que venían afiliados al Instituto de Seguros Sociales, podían migrar a un fondo privado o mantenerse en este.

Para resolver, basta con remitirnos a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1295 de 1994, señala las características del Sistema General de Riesgos, enlistándose en el literal j, que:

«j. Los empleadores y trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de ATEP, o cualquier otro fondo o caja previsional o de seguridad social, a la vigencia del presente decreto, continúan afiliados, sin solución de continuidad, al Sistema General de Riesgos Profesionales que por este decreto se organiza».

Con la expedición del Decreto 1530 de 1996, se regló en su artículo 8 que, “Prestaciones a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales. Será responsable del pago de las prestaciones de que trata el Decreto 1295 de 1994, la entidad Administradora de Riesgos Profesionales a la cual se encuentre afiliado el trabajador al momento de ocurrir un accidente de trabajo o se diagnostique una enfermedad profesional”.

Pero como bien lo señaló el A quo, con la expedición de la Ley 1151 del 2007, se regló la gestión de las obligaciones pensionales y contribuciones a cargo de la UGPP, indicándose en el literal “i”

“El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que haya tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003”

El 13 de agosto de 2008 se emitió el Decreto 600 de 2008 con el cual se reglamentó el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, en lo tocante a

la cesión de contratos que debía realizar el Instituto de Seguros Sociales a La Previsora Vida S.A.

De acuerdo a tal disposición, el Instituto de Seguros Sociales cedió a la Previsora Vida S.A. Compañía de Seguros, los activos, pasivos y contratos de la entidad, materializándose tal determinación ante la Superintendencia Financiera de Colombia con la Resolución No. 1293 del 11 de agosto de 2008, concediéndose el término de 10 años a la entidad para que, amortizara el crédito mercantil adquirido a dicha data.

A su turno, en el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015, se regló *“Las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva S.A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, serán administradas por la UGPP y pagadas por el FOPEP, previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”*.

En el artículo 1° del Decreto 1437 de 2015, se asignaron competencias a partir del 30 de junio de 2015 indicando *“las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales serán administradas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y a partir del mes siguiente se efectuará el respectivo pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep)”*.

Luego entonces, surge palmario que, al haberse causado el derecho en diciembre de 1990, la obligación se encontraba, para dicha calenda a cargo de la ARP del Instituto de Seguros Sociales, y entonces, le corresponde en este trámite reconocer la prestación a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, como lo señaló el *A quo*.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Reprocha la demandada, UGPP, la aplicación del fenómeno prescriptivo. Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia a folio 252, que el presente trámite litigioso fue radicado el 3 de agosto de 2016, bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que, al haber sufrido el accidente el 5 de enero de 1994 y haberse solicitado el reconocimiento de la prestación ante el Instituto de Seguros Sociales, el 15 de marzo de 1991⁶ y ser resuelta en forma desfavorable con Resolución No. 4534 del 23 de noviembre de 1993, sin que se incoara acción judicial alguna

⁶ Folio 134

con posterioridad, el actor contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada tan solo hasta el año 2016, sin embargo, interpuso la demanda el 3 de agosto de 2016, folio 252, fluyendo innegable que las mesadas causadas con anterioridad al 3 de agosto de 2013, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Dimanando de lo precedente, en la confirmación de la sentencia.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

La UGPP sienta su inconformidad frente a la liquidación efectuada por el juzgado de conocimiento, por lo que, en este ítem debe resaltarse que, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que el retroactivo causado a favor del demandante, resulta superior al fijado en primera instancia, por lo tanto, al ser la UGPP quien fundó su oposición frente a este ítem, no es procedente modificar el quantum, fijado, ya que esto sería adverso a la apelante.

Consecuencia de lo anterior, se confirmará el monto del retroactivo pensional fijado por el juzgado de conocimiento.

DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA EN COSTAS

Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda

prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

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

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*.

En esta segunda instancia se impondrá condena en costas a cargo de Positiva y de la UGPP a favor del demandante, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

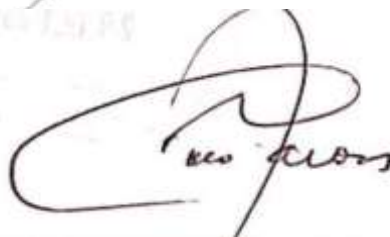
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 22 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JORGE ENRIQUE AGUIRRE REYES, JHON JAIRO AGUIRRE SARTA, LUIS ARNOBY AGUIRRE SARTA, ALEXANDER AGUIRRE ZARTA, EUCARIS AGUIRRE ZARTA, SANDRA LEONOR AGUIRRE ZARTA, IDARLENY AGUIRRE ZARTA Y DIANA MARCELA AGUIRRE LARA**, en calidad de sucesores procesales del señor **JORGE ENRIQUE AGUIRRE JARAMILLO** contra **UGPP y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. Sin costas en esta instancia al considerarse no causadas.

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 UGPP y Positiva y a favor de los sucesores procesales en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada entidad.



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 **DONATILA RAMÍREZ CAICEDO** CONTRA **LUCÍA DELGADILLO LÓPEZ Y DELOP S.A.S. COMO PROPIETARIA DEL COLEGIO DE LOS ÁNGELES-COLANGELES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los tres (3) días del mes de junio 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

23202000024 01 2

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **DONATILA RAMÍREZ CAICEDO**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra **LUCÍA DELGADILLO LÓPEZ** y la **DELOP S.A.S.** como propietaria del **COLEGIO DE LOS ÁNGELES-COLANGELES**, pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal, el cual fue terminado sin justa causa imputable al empleador; en consecuencia, se condene al pago de los salarios adeudados, los aportes a seguridad social integral, junto con la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, licencia de maternidad, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 3 y 4 carpeta 01 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 2 a 3 carpeta 01 y 2 a 3 carpeta 06 del expediente digital, que en síntesis advierten que, laboró del 1º de junio de 2006 al 23 de septiembre de 2014, al servicio de la familia Delgadillo López y para Delop S.A.S. propietaria del Colegio los Ángeles-Colangeles, mediante contrato verbal a término fijo, ejecutado de manera ininterrumpida, atendiendo las órdenes de sus empleadores, cumpliendo el horario de trabajo de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. Que sus funciones consistían en servir café a los profesores y lavar la losa, atender a la familia Delgadillo López, entregar almuerzos a 15 estudiantes, 5 profesores y 7 personas de la citada familia; además debía hacer diligencias en bancos y realizar el mercado, acotando que los fines sus labores eran desempeñadas en la casa de la familia, teniendo como descanso un domingo al mes.

Aduce que nunca fue afiliada al sistema de seguridad social, ni se le reconocieron las prestaciones sociales y vacaciones, menos aún, le fueron consignadas sus cesantías al respectivo fondo de pensiones. Concluye indicando que el 4 de septiembre de 2009 nació su menor hija, lo cual fue



de conocimiento de la parte pasiva, a quien previamente se la había informado sobre su estado de embarazo, resaltando que los gastos del parto fueron pagados por ella, amén que no le fue reconocida su licencia de maternidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **DELOP S.A.S.**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto que, la parte activa nunca laboró para la sociedad, así como tampoco desempeñó labores en su establecimiento de comercio “*COLEGIO DE LOS ANGELES*”, lo cual emanada de los soportes que el mismo apoderado de la activa allega, pues de ellos podría advertirse una eventual relación con la señora LUCÍA DELGADILLO. Añade que la activa refleja un actuar de mala fe, en tanto esta es la tercera demanda que se instaura en su contra, por las hermanas de la aquí demandante; las dos anteriores fundadas prácticamente en los mismos hechos, buscando tener una mayor garantía a sus pretensiones, en todo caso improcedentes, al no existir ningún nexo contractual con la demandante. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimidad en la causa por pasiva, carencia de fundamento de la acción por inexistencia de la relación y prescripción. (folios 70 a 77 carpeta 13 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **DONATILA RAMÍREZ CAICEDO** se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la parte demandante nunca prestó servicio alguno a la institución educativa, pues realmente lo fueron a favor de ella de forma discontinua, únicamente para generar reemplazos a su hermana quien prestaba el servicio de manera más frecuente. Añade que la activa fue contratada bajo la modalidad de prestación de servicios, y por tanto, no se configura el nexo de trabajo, dado que en ningún momento se le generó salario alguno, pues se realizaba el pago por concepto de honorarios; tampoco medió el elemento de la subordinación, dado que ella llegaba a la hora que deseaba, elaboraba las funciones asignadas y se



retiraba en el momento en que dispusiera. Por manera que, no se configuran las disposiciones señaladas por el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 22 y 23. (fls. 91 a 100 carpeta 13 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 8 de marzo de 2022, resolvió **declarar** que entre la demandante y la señora Lucía Delgadillo existió un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de enero de 2007 al 2 de enero de 2014; **condenar** a la demandada Lucía Delgadillo a pagar a favor de la demandante los aportes a pensión por el período de duración de la relación laboral teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada año, los cuales se deberán cancelar ante el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la demandante o el que la misma elija y conforme al cálculo actuarial que realice el fondo; **absolver** a la demandada Lucía Delgadillo López de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción, en relación con las acreencias laborales reclamadas, como prestaciones sociales e indemnizaciones, a excepción de los aportes a pensión; **declarar** no probadas las demás excepciones propuestas; condenar en costas a la demandada Lucía Delgadillo López a favor de la demandante, y a esta a favor de la demandada Delop S.A.S. (Archivo 19 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que del material probatorio emana que la demandante prestó sus servicios por el lapso comprendido entre el 15 de enero de 2007 al 2 de enero de 2014, ejecutando labores domésticas en la casa de habitación de la señora Lucía Delgadillo, a cambio de un salario o remuneración, sin que se hubiese desvirtuado la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, pues por el contrario, las declaraciones recaudadas, fueron claras en establecer que recibió órdenes, para desplegar la actividad de manera permanente, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cual se ratifica con la certificación expedida por esta. Concluye indicando que como la relación laboral terminó el 2 de enero de 2014 y la demanda fue formulada hasta el 14 de enero de 2020, debe declararse probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados, a excepción de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN:

La DEMANDADA LUCÍA DELGADILLO interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo como motivos de disidencia, que la demandante no cumplió con los tres requisitos del contrato de trabajo, pues se acreditó a través de los testigos allegados por esta, que la prestación del servicio no era personal ni continua, en tanto no trabajaba todos los días, al ser un reemplazo de alguna de sus hermanas, incluso no asistía al lugar de labores todas las semanas.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatario*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la señora Lucía Delgadillo, dentro de los extremos declarados por el *a quo*.

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



RELACIÓN LABORAL

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

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, certificación expedida por la señora Lucía Delgadillo López (fl. 47 archivo pdf carpeta 06), registro civil de nacimiento de la menor Alisson Dayana Mesa Ramírez (fl. 12 archivo pdf carpeta 01), escrito de demanda promovida por Estefanía Caicedo Acosta (fls 78 a 83 archivo pdf carpeta 13), interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada Delop S.A.S., así como testimonios recepcionados a Cristina Forlem Hernández, Juan Carlos Maurello, Patricia Delgadillo, Irene Acuña Herrera y Ana Rosalba Ramírez (carpeta 22 expediente digital).

Ahora, atendiendo los propósitos perseguidos por la parte accionada en la alzada, que se centran en refutar la unión contractual entre los extremos procesales declarada por el Juzgado, alegando que la demandante no prestó los servicios de manera continua, pues de las pruebas recaudadas en el informativo, especialmente las declaraciones, dan cuenta que su actividad fue esporádica en calidad de reemplazo de sus hermanas; se inicia al estudio del dislate advirtiendo primeramente que, bajo la égida del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo al



estatuir que «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», resulta imperativo que quien alega su construcción demuestre la efectiva consumación de actividades de orden contractual.

Así, conforme a reiterada jurisprudencia del organismo de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, entre muchas, la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, se enseñó que, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, resaltando que:

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

Acotación que se despliega en la medida que aquella actividad personal que reclama el literal a) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, debe encontrar su génesis en que los actos se realicen a favor o como materialización del objeto social de quien posiblemente ostenta el título de dador de laborío, implicando que las actividades realizadas resulten favorables a un tercero, pero no al propio ejecutor.

De suerte que, resulta forzoso descender al acometido planteado en líneas anteriores, indicando que se allegó al informativo certificación datada 2 de enero de 2014, en la cual la señora Lucía Delgadillo López indicó que la aquí convocante «*trabaja con un contrato de prestación de servicios, desde el 15 de enero de 2007 hasta la fecha, como empleada de oficios varios, en mi casa de habitación, con una jornada laboral de 6:00 a.m. a 2:00 pm*», refiriendo



igualmente, que por tal servicio, la activa devengaba la suma de \$589.500, más subsidio legal de transporte en monto de \$70.500”³.

Ahora, en lo que concierne a las declaraciones recaudadas por el Juzgado de Conocimiento, que importan al recurso de alzada, obra la manifestación de la señora Cristina Forliam Hernández, quien afirmó prestar sus servicios a favor del Colegio los Ángeles en oficios varios del 3 de mayo de 2013 al mes de agosto de 2014. Sobre los hechos indicó que cuando comenzó a laborar para el establecimiento en mención, la parte activa ya se encontraba trabajando allí, y continuó después de finalizada su relación laboral. Acotó que la actora se encargaba de preparar las aromáticas y el café, además de los almuerzos para los dueños del colegio que eran era hermanos, unos estudiantes y una profesora; labores que ejecutó toda la semana, con descanso los días domingos, recibiendo como remuneración el valor del salario mínimo legal. También refirió que la señora Lucía era quien impartía órdenes a la demandante, mientras que la señora Patricia Delgadillo realizaba el pago del salario.

Por su parte, el testigo Juan Carlos Maurello, afirmó que trabajó en el Colegio Los Ángeles en el área de mantenimiento de abril de 2013 a mayo del 2014, lugar en donde conoció a la demandante como la persona encargada del servicio de la cocina, pues le consta que le llevaba la comida a los profesores del colegio, quienes residían en ese lugar, esto es, el señor Fernando, la señora Patricia y Lucía. Que Lucía era quien impartía órdenes a la demandante y Patricia le pagaba; además, que él prestó sus servicios todos los días de la semana y observó a la activa laborando solo 3 días. Que con la señora Ramírez Caicedo, eran 3 hermanas las que trabajan allí, quienes a veces concurrían la semana completa.

Igualmente, compareció Patricia Delgadillo, en calidad de hermana de la activa, refiriendo que Delop S.A.S. es una sociedad propietaria del Colegio

³ Folio 4 archivo pdf carpeta 06 del expediente digital.



Los Ángeles. Que cuando el citado establecimiento se encontraba ubicado en la carrera 4 No. 10-42, su madre y sus hermanos solteros Fernando, Lucía y Cecilia, residían en una casa contigua, la cual se comunicaba con el establecimiento mediante una puerta. Que conoce a la señora Donatila Ramírez porque la vio trabajando en la casa de su progenitora, como encargada de la preparación de los alimentos, solamente para su madre y sus hermanos. Que la actora fue vinculada por Lucía, porque esta era la que se encargaba de contratar a los empleados, y era ella quien realizaba los pagos. Añadió que las hermanas de la demandante también trabajaban allí, y cuando no podía comparecer una de ellas, asistía la otra, acotando que nunca prestaron el servicio el mismo tiempo. Que el aseo y el mantenimiento del Colegio está a cargo de los señores Enrique Gio y Rosalba Ramírez, desde hace alrededor de 40 años. Concluyó afirmando que el Colegio no presta servicio de alimentación a alumnos ni a profesores.

Igualmente, compareció como testigo Ana Rosalba Ramírez, quien afirmó ser trabajadora del Colegio Los Ángeles en servicios generales desde hace 25 años. Indicó que la demandante no trabajaba en el Colegio, y que solo la vio pasar por el patio, cuando prestaba sus servicios, de vez en cuando, en la casa de la señora Lucía, precisando que desconoce a qué se dedicaba en dicho lugar. Que los alumnos del Colegio llevaban su almuerzo o loncheras, y que otro encargado del aseo era el señor Enrique Guido, desde hace alrededor de 38 años.

Finalmente, rindió su declaración la señora Irene Acuña Herrera, como secretaria general y docente del Colegio Los Ángeles, quien afirmó que conoció a la demandante como empleada doméstica en la casa de la rectora, la señora Cecilia, quien además, convivía con sus hijos solteros Fernando, Lucía y Cecilia Delgadillo; sin embargo, indicó que no conoce las funciones desempeñadas por la activa, a quien vio solo 4 o 5 veces. También afirmó que el Colegio no suministra alimentación a los estudiantes y que los servicios generales de la institución están a cargo

del señor Guio y la señora Rosalba Ramírez, desde hace alrededor de 25 años.

Del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, necesario resulta el acierto en la determinación esbozada por el *a quo*, al concluir la existencia de la relación laboral entre la demandante y la señora Lucía Delgadillo, como quiera que se constata la prestación personal del servicio por los extremos aludidos en primera instancia y el salario devengado por la trabajadora.

Lo anterior, no solo emana de la certificación allegada a las diligencias, sino también de las declaraciones analizadas, pues de ellas es claro que la activa laboraba para la citada demandada en su casa de habitación, que era contigua al Colegio Los Ángeles, en labores propias del servicio doméstico, y en particular, en el oficio de cocinera.

Siendo oportuno advertir, que si bien los testigos Cristina Forlaim Hernández y Juan Carlos Maurello, afirmaron que la demandante también desempeñaba labores para el Colegio, ello lo hizo bajo las órdenes de la señora Delgadillo, por manera que no se desdibuja la clara prestación del servicio a favor de esta, la cual hace operar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, misma que no se encuentra derruida por la citada accionada, al ser claras las declaraciones en reseñar la subordinación laboral que esta ejercía sobre RAMÍREZ CAICEDO.

Ahora bien, aunque los testigos no son coincidentes en sus dichos, sobre la continuidad en la prestación de los servicios de la activa, pues la señora Forlaim afirmó que la demandante compareció a su lugar de trabajo todos los días de la semana, incluidos los sábados, mientras que el señor Juan Carlos Maurello adujo que laboraba 3 días a la semana, y los demás declarantes, que ello lo hizo esporádicamente, no debe olvidar el apelante, que en el proceso obra la certificación expedida por la empleadora el 2 de enero de 2014 (fl. 47 archivo pdf carpeta 06) que permite dilucidar el

punto en controversia, al ser clara la documental en indicar que la activa trabajó por virtud del mal llamado contrato de prestación de servicios, en un horario de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., a cambio de una remuneración equivalente al mínimo legal mensual vigente y el subsidio de transporte establecidos para el año 2014, que solo se genera si se labora la jornada máxima legal mensual vigente de 8 horas diarias y 48 semanales.

Por manera que, de lo certificado por la misma señora Lucía Delgadillo, lo cual goza de toda veracidad, al no encontrarse desvirtuado por ningún otro medio de convicción, diáfano resulta concluir que la activa, prestó sus servicios de manera continua, y no esporádica, como erradamente se afirma en la alzada, siendo clara la demostración del contrato de trabajo declarado por el Juzgado de Conocimiento, entre la demandante y la señora Delgadillo, del 15 de enero de 2007 al 2 de enero de 2014.

Dimanando en la confirmación del fallo opugnado.

COSTAS

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la señora Lucía Delgadillo y a favor de la parte demandante.

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 Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 8 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DONATILA RAMÍREZ CAICEDO** contra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23202000024 01 12

LUCÍA DELGADILLO LÓPEZ y DELOP S.A.S. COMO PROPIETARIA DEL COLEGIO DE LOS ÁNGELES-COLANGELES, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la señora Lucía Delgadillo y a favor de la parte demandante.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23202000024 01 13

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la señora Lucía Delgadillo y a favor de la parte demandante 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 **SALOMÓN GÓMEZ ORTIZ** contra **BANCO POPULAR
S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los tres (03) días del mes de junio 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.
2. 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.
3. 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 SALOMÓN GÓMEZ ORTIZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra el BANCO POPULAR, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare y condene a la demanda a reliquidar y reajustar la pensión de jubilación y mesadas atrasadas a partir del 30 de enero de 2012, en cuantía del 75% del salario de cotización de los diez últimos años de servicio, indexado anualmente conforme al IPC; que el salario a tener en cuenta es el establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, se actualice el monto pensional inicial; se ajuste la mesada conforme lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; a reconocer las costas y agencias, así como los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

En forma subsidiaria reclama se condene a la demandada a reliquidar y reajustar la pensión conforme al salario promedio real y legal del último año de servicios.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 8 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, laboró en el Banco Popular desde el 6 de junio de 1974 al 28 de noviembre de 1999; que fue trabajador oficial; que le fue reconocida la pensión al trabajador mediante proceso judicial adelantado ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá; que le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 1 de enero de 2008 en cuantía inicial de \$1.208.085,00, así como el retroactivo pensional; que, mediante comunicación de fecha 3 de septiembre de 2015, le fue reconocida la pensión de jubilación; que al liquidarse la pensión, no se tuvieron en cuenta los factores salariales que por ley le corresponden; que el salario promedio de los últimos diez años es de \$7.992.806,⁹⁵; que la entidad convocada emitió sendas certificaciones, en las que se acreditan los



valores pagados a favor del demandante; que se omitió aplicar la actualización del promedio de cotización de los últimos años; que se omitió cumplir la sentencia judicial; que se omitió reajustar la pensión conforme a la Ley; que radicó reclamación administrativa y la misma fue resuelta en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: El **BANCO POPULAR**, se opuso a la declaratoria de las pretensiones, al estimar que, la entidad reconoció la pensión de jubilación en los términos señalados por la justicia laboral ordinaria. Como **excepciones** propuso las de cosa juzgada, prescripción, falta de causa, pago, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica (Archivo 007 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de marzo de 2022, resolvió; **declarar** probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada; **absolvió** al Banco Popular de las pretensiones incoadas; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En este orden de ideas debe considerarse que la decisión comentada precisó lo concerniente al reconocimiento pensional de la jubilación del demandante a partir del primero de junio 2008, en observancia a los parámetros establecidos en la ley 33 de 1985 y dispuso que el ingreso base de liquidación debía ser hallado conforme lo prevé el artículo 21 de la ley 100 del 93 sobre una tasa de reemplazo equivalente al 75% de dicho ingreso base liquidación, decisión que para este despacho tiene toda la virtualidad jurídica de hacer tránsito a cosa juzgada con las consecuencias procesales que ello implica, de otro lado cabe advertirse



por parte de este despacho según se desprende de los hechos de la demanda y especialmente las pretensiones que el reconocimiento de hecho por el juez séptimo laboral del circuito de Bogotá en primera instancia no imperó la posición a su decisión por parte del demandante en el sentido de estar inconforme respecto al ingreso base liquidación tomada...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, sentó su oposición frente a la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento, al estimar que, en el presente asunto, en efecto existía identidad de partes, sin embargo, considera que la convocada a juicio liquidó a su arbitrio el monto de la mesada pensional, sin que al respecto lo hubiese realizado el Tribunal o la Corte Suprema de Justicia, para establecer el monto correcto de la mesada pensional, emitiéndose un fallo en abstracto y por ello no debe prosperar la excepción de cosa juzgada.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la demandada presentó alegaciones de instancia.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por 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 a reliquidar la pensión de jubilación debidamente indexada y teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante a partir del 1° de junio de 2008.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN - COSA JUZGADA

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción, inició por demanda interpuesta por Salomón Gómez Ortiz contra el Banco Popular, donde pretende *«reliquidar y reajustar la pensión de jubilación y mesadas atrasadas reconocidas por mandamiento judicial al demandante SALOMON GOMEZ ORTIZ, a partir del 30 de enero de 2012, en cuantía del 75% del salario de cotización, de los últimos diez años de servicios, indexado anualmente conforme al Índice de Precios al consumidor (I.P.C.)»*, folio 4 del archivo 01 del expediente digital.

Así mismo, evidencia esta Sala de Decisión en el archivo 012 del expediente digital, copia de la audiencia proferida dentro del proceso 007 2011-00675², en el que, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, emitió sentencia de primera instancia, gestado por el demandante, en el que se ordenó;

«Primero. condenar a el Banco demandado, Banco Popular a pagar a favor del demandante señor Salomón Gómez Ortiz, identificado con la C.C. 19.225.488 una pensión de jubilación a partir del 1° de junio del 2008 en cuantía de \$1'208.085.

Segundo: condenar a la demandada Banco Popular a pagar a favor del señor Salomón Gómez Ortiz la suma \$74'295.029 pesos por concepto de retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas desde el 1° de junio 2008 hasta el 31 de enero 2012,

² Folio 35 del archivo 07 del expediente digital y audio del archivo 12.



Tercero: condenar al banco demandado a pagar a favor del señor demandante una pensión o mesada pensional a partir del 1° de febrero del 2012 en cuantía de \$1'878.950»

En lo que interesa a la alzada, el A quo, en su oportunidad, fincó su decisión en que, la mesada pensional se liquidaba conforme al salario devengado durante el último año de servicios, correspondiente a \$1.610.780,⁴⁰ junto con los factores salariales devengados por el ex trabajador y al cual le sería aplicada una tasa de reemplazo del 75%, asignando como *quantum* pensional, la suma de \$1.208.085,³⁰.

A su turno, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral³, el 1° de marzo de 2012, dispuso;

«PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de ésta ciudad, de fecha 30 de enero de 2012, en el sentido de ordenar que la pensión de jubilación del actor, se reconozca en cuantía del 75% del promedio de cotización de los últimos diez años de servicios actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida, y en su lugar absolver a la compañía demandada de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada»

Formando la decisión en que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante era beneficiario del régimen de transición y por ello el derecho pensional debía reconocerse conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, sin embargo, para aplicar el Ingreso Base de Liquidación, debía acudirse al artículo 21 de la Ley 100, es decir, tener en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los últimos diez años de servicios actualizados y sobre dicho monto, aplicar la tasa de reemplazo del 75%,

³ Folio 37 del archivo 07 del expediente digital y audio del archivo 13.



al faltarle más de 10 años para adquirir la edad para el reconocimiento económico, al año de 1993, finalizando la argumentación en que, al momento de indexar la mesada pensional, debía aplicarse la fórmula estipulada en la sentencia 30602-2007.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia, el 3 de junio de 2015, adicionó la sentencia de primera instancia, en lo tocante a disponer *“que al momento del pago de las mesadas causadas, se efectúe la deducción con destino a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el actor en salud”*⁴ y no casó en los demás ítems la sentencia objeto de casación.

El Banco Popular emite oficio 921-002366-2015 del 3 de septiembre de 2015, en el que *“le reconoce una pensión de jubilación equivalente a la suma de **UN MILLÓN CIENTO VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$1.128.365) ML/CTE** mensuales a partir del Primero (01) de Junio de dos mil ocho (2008)...”* agregándose a la misiva que, *“Teniendo en cuenta que Colpensiones, reconoció su pensión de vejez, a partir del 1 de Junio de 2013 y en cuantía equivalente a **UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA (sic) Y SIETE PESOS (\$1.630.247)** y ésta tiene carácter compartido con la pensión de jubilación, esta prestación queda asumida por la de vejez a cargo de Colpensiones en su totalidad y por tal razón, conforme a la sentencia proferida dentro del proceso laboral, la obligación pensional a cargo del Banco Popular S.A, queda extinguida”*

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de la parte demandante la norma que instituyó la figura procesal de la cosa juzgada, que no es otra diferente al art. 332 del Código de Procedimiento Civil que señaló:

«ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa

⁴ Folio 39 del archivo 07 del expediente digital.



*que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.
(...)»*

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto “*eadem res*”, se funde en la misma causa que el anterior “*eadem causa petendi*” y, que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes “*eadem conditio personarum*”.

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte 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 adecuación⁵.

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con el que fuere resuelto por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito y modificado por la Sala Laboral del Tribunal Superior, ambos de esta ciudad, límite subjetivo que coincide en ambos juicios.

Respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* salta evidente que el *petitum* condenatorio deriva de la reliquidación y reajuste de la

⁵ H. Corte Constitucional T-185 de 2013



pensión de jubilación reconocida mediante sentencia judicial, en *“cuantía del 75% del salario de cotización, de los últimos diez años de servicios, indexado anualmente conforme al Índice de Precios al consumidor (I.P.C.)”*, y en el proceso 007 2011-00675, se reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición y en tal sentido se debía reconocer la prestación con los factores salariales devengados durante el último año de servicios, debidamente indexados a partir del 1° de junio de 2008.

Luego entonces, al reclamarse el reconocimiento de la pensión de acuerdo al salario devengado durante el último año de servicios y con factores salariales y el Juzgado, en un principio acceder a tales pedimentos, en efecto, no solo se hizo un estudio de las pretensiones, sino que estas salieron adelante, sin embargo, el Tribunal Superior, modificó tales conclusiones, informando que, para la liquidación de la pensión se debían tener en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años de servicios debidamente actualizados, por lo que, en estos puntos, se zanjó la controversia planteada en proceso anterior y que nuevamente se traen a colación con el presente proceso.

Ahora bien, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, el apoderado en el recurso de alzada, informa que, fue el Banco quien a su arbitrio liquidó la pensión del demandante, al no haberse efectuado la operación aritmética por parte del Tribunal ni por la Corte Suprema de Justicia y por ello, la mesada pensional resulta inferior a la que realmente corresponde, sin embargo, se aparta esta Colegiatura de dichas apreciaciones, dado que, si en la alzada las partes no solicitaron aclaración u adición del fallo, en lo tocante al monto pensional, era el Banco quien a la hora de cumplir la orden impartida, efectuara los respectivos cálculos; por otro lado, si a la hora de incoar el recurso de



casación no se formuló ningún cargo en este aspecto, para la alta Corporación, tampoco era viable su pronunciamiento y finalmente, pero no menos importante, debe resaltarse que la mesada pensional evidentemente fue superior en primera instancia, ya que, se tuvieron en cuenta factores salariales y el salario devengado en el último año por el actor, situación que pudo variar al efectuar la liquidación con las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años.

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final de la A-*quo* resultó acertada, en tanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, por la manifestación previa de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en atención a otro plenito judicial.

Cumple destacar, que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia en sentencia bajo radicación 31607 del 28 de abril de 2009 con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez advirtió la inmutabilidad de las providencias, como garantía del principio de la seguridad jurídica que identifica el Estado Social de Derecho, proveído que señaló:

«... no es que al actor se le esté desconociendo un derecho por un impedimento procesal, sino que éste (su derecho) ya fue definido en un proceso anterior, donde se le otorgaron todas las garantías, y donde se dio amplio debate a sus pretensiones y donde se hizo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, lo que no es posible es que ese debate se presente indefinidamente, cada vez que el actor considere que tiene una oportunidad de salir adelante y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Es del caso reiterar aquí lo dicho en torno al tema, en reciente fallo del 3 de marzo del corriente año (radicación 35829), frente a similar planteamiento:

“Ello, por la potísima razón de que el acceso a la administración de justicia impone a los jueces competentes en las diversas causas el deber de resolverlas conforme al ordenamiento jurídico que las regula, con observación de las formas propias de cada juicio y, de



ser necesario, auxiliándose de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial que son. Pero a la vez, el ejercicio de tal derecho impone a los particulares, entre otras, la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo que implica para quienes acuden a ella el acatamiento de lo allí resuelto, de modo que, por tal razón, la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicán de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias” (Resalta fuera de texto)

De lo expuesto se sigue, la necesaria confirmación de la sentencia de primera instancia, manifestando que el fallo impartido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá surte plenos efectos sobre la reliquidación rogada por el demandante, cerrando la posibilidad de un nuevo debate jurídico acerca del mismo asunto, y sin que se evidencie en este asunto la afectación de los principios constitucionales en la alzada.

COSTAS. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante, dada las resultas de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 23 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **SALOMÓN GÓMEZ ORTIZ** contra **BANCO POPULAR S.A..**



SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante y a favor del Banco Popular.

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de SALOMÓN GÓMEZ ORTIZ y a favor de la demandada, BANCO POPULAR S.A. en la suma de \$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-