



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Lida Vannesa Berreto Santamaría** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.013.637.319 de Bogotá y tarjeta profesional 280.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

## S E N T E N C I A

**DEMANDA:** La señora **LUZ ELENA MORALES MALAVER** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A, y las que se dieron con posterioridad a dicho traslado; en consecuencia, solicita se condene Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; igualmente solicita, se condene a Colpensiones a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; lo que resulte probado ultra y extra petita; las costas procesales y agencias en derecho. (fl. 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 18 de agosto de 1965; que se afilió al otrora Instituto de los Seguros Sociales el 1° de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

abril de 1984; que por recomendación del ejecutivo de cuenta de la citada AFP Porvenir S.A., y sin que mediara una debida asesoría efectuó traslado de régimen pensional el 1° de abril del 2000, convencida que dicho acto no tendría injerencias negativas en su derecho pensional; que con posterioridad en el mes de diciembre de 2001, se trasladó a Colfondos S.A; que para el año 2007, realizó un nuevo traslado de AFP, esta vez para seleccionar el Fondo de Pensiones y Cesantías ING, hoy Protección S.A; por último, en el año 2012, realizó un nuevo traslado de régimen pensional, esto para retornar a Colfondos S.A; que antes de cumplir los 47 años de edad, no recibió información por parte de las AFP, respecto a la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que a la fecha cuenta con un total de semanas cotizadas a pensión de 1.190,71; que el 26 de septiembre de 2018, radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, la cual fue negada por dicha entidad; que el 12 de julio de 2018, elevó solicitud ante Colfondos S.A., en torno a que se le informara el valor de la mesada pensional, oportunidad en la que la demandada le informó que su mesada equivaldría a la suma de \$889.097; que la prestación que reconocería Colpensiones ascendería a la suma de \$2´715.219.

**CONTESTACIÓN:** la convocada a juicio **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto a la fecha cuenta con 54 años de edad, sumó a ello, que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que a la luz de lo previsto en la sentencia SU-130 de 2013, no tiene derecho a trasladarse en cualquier tiempo dentro de los regímenes pensionales. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino cobro de lo no debido,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio de constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidad del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica. (fl. 93 a 106).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su rechazo al *petitum demandatorio*, al considerar, que la demandante ha permanecido por más de 20 años afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que patente resulta afirmar que conoce claramente cómo opera dicho régimen pensional, sumó a ello, que como en el presente asunto se alega un presunto engaño u omisión, es a la actora que le corresponde demostrar tal afirmación, supuesto de hecho que no acaece con la simple manifestación de la promotora del juicio. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, 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. (fl. 115 a 135).

Por su parte, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación de la parte demandante al fondo de pensiones se dio como producto de la decisión libre y voluntaria en aplicación a lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, sumó a ello, que si lo pretendido es la declaratoria de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

la nulidad del acto, era deber de la señora Morales Malaver demostrar cualquiera de las eventualidades contenidas en el artículo 1741 del C.C., lo que de contera implica, que debió demostrarse en el proceso, que el acto jurídico estuvo precedido objeto o causa ilícita, aspecto que no acontece en el *sub examine*. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fl. 156 a 181).

Por último, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, al considerar, en síntesis, que las actuaciones desplegadas por la AFP siempre han estado precedidas de la buena fe y la legalidad, por lo que el acto jurídico de traslado contó con aprobación demandante, quien suscribió el documento de forma libre y voluntaria conforme lo prevé la Ley 100 de 1993, sumó a ello, que la afiliada omitió los deberes que le asistían como consumidora del sistema financiero en los términos de la Ley 1328 de 2009. 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 y la innominada o genérica. (fl. 186 a 194)

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de julio de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación o traslado de afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Solidaridad administrado por las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A; **condenar** a las citadas AFP, a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto; **declarar** que la accionante se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenar** en costas a Porvenir S.A. (fl. Cd. 266)

Lo anterior por considerar el *a quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP demandadas, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado 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 parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación en el que afirma como motivos de disidencia, que en lo que tiene que ver con la condena impuesta en torno a devolver todos los dineros recibidos, sin efectuar ningún tipo de descuento, como lo son los gastos de administración, debe precisarse que conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, se contempló el débito por parte de las AFP en torno a dicho concepto, suma a ello, que de resultar procedente la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

devolución, aquellos gastos, los mismos se encuentran cobijados por el fenómeno extintivo de la prescripción. Por último y con relación a la ineficacia declarada, afirma que no se configura en el presente proceso la inducción al error alegada, pues los asesores de venta no podrían informar cosa distinta a lo establecido por la ley y la Superintendencia Financiera, para el momento del traslado de régimen pensional.

Por su parte, **EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, inconforme con la sentencia de primera instancia, formula inconformidad en contra de la misma, por considerar que, no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración y la prima de seguro provisional, ello, en tanto dichos conceptos se encuentran autorizados por la Ley 100 de 1993, en su artículo 10° y modificado por el artículo 6° de la Ley 797 de 2003, de proceder a dicha devolución Colpensiones recaería en un enriquecimiento sin causa y una condena en perjuicios a cargo de la AFP que no se encuentra debidamente probada en el plenario.

A su turno la encartada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, formula censura en contra de la sentencia de primer grado, al considerar, en esencia, que no pruebas que determinen la existencia de vicios del consentimiento que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia declarada, así mismo, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 787 de 2003, y tampoco es beneficiaria del régimen de transición que le permita trasladarse entre regímenes en cualquier tiempo, tal como lo dispuso la sentencia SU-130 de 2013. Por último, duce que la sentencia impugnada trasgrede el principio constitucional de la sostenibilidad financiera.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

**Parte demandante:** Solicita la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, que al interior del proceso la parte demandada no logro demostrar de manera fehaciente e inequívoca que al momento de la suscripción del acto jurídico del traslado, se le brindara una asesoría pensional completa e integral, libre de vicios y/o presiones que pudieran incidir en su derecho pensional, suma a ello, que el deber de información para las AFP, surge desde el momento mismo de su creación conforme lo ha expuesto de forma pacífica y reiterada la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

**Parte demandada:** En la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, solicitó la revocatoria de la sentencia, al considerar, en síntesis, que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en tanto al interior del proceso no se probó la existencia de vicio alguno en el consentimiento de la afiliada que decante en la anulación del acto jurídico, suma a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003.

**Parte demandada:** a su turno, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, persigue la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, al considerar, en síntesis, que no resulta procedente la condena encaminada a la devolución de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

los gastos de administración, ello en atención a que dichos conceptos se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993, por lo que su utilización opera por ley, suma a ello, que de proceder con la condena a la citada devolución se entraría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, en lo que atañe a las restituciones mutuas.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 55 del informativo.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, los recursos formulados por las encartadas 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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por LUZ ELENA MORALES MALAVER al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y los que ocurrieron con posterioridad a este.

### **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 40); formatos 1 y 3b emitidos por municipio de Tabio Cundinamarca. (fl. 41 a 43); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 44, 45, 229 a 232); extracto emitido por Colfondos S.A. (fl. 46 a 54); reclamación administrativa (fl. 55); derecho de petición radicado ante Colfondos S.A. (fl. 56); respuesta emitida por la AFP (fl. 56 a 59); certificado emitido por Colfondos S.A. (fl. 60); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 61 y 62); derecho de petición remitido a Porvenir S.A., y su respectiva respuesta (fl. 63 y 64); petición dirigida a Protección S.A., junto con la contestación (fl. 65 y 66) nota técnica (fl. 67 a 75); formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl.182); comunicados de prensa (fl. 183, 184, 201 y 202); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 195); constancia de traslado de aportes emitido por Protección S.A. (fl.196 a 199); formulario de afiliación emitido por Pensiones y Cesantías Santander (fl. 220 vuelto); políticas del asesor para vincular personas naturales emitido por Protección S.A. (fl. 203 a 206).

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

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

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

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

## **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales con afiliación del 14 de marzo de 1995, sin embargo, se vinculó para el municipio de Tabio desde el 1° de abril de 1984, tal como se advierte de la documental vista a folios 41 a 45 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 5 de enero del 2000 (fl. 64), seguido a ello, el 1° de febrero de 2002, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP Colfondos S.A., tal como se desprende de la documental vista a folio



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

195 del expediente, con posterioridad, y para el 30 de marzo de 2007, se trasladó nuevamente entre fondos privados, esta vez al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A., hoy Protección S.A., para finalmente retornar a Colfondos S.A. el 21 de febrero de 2012, tal como se desprende de la contestación allegada por esta última AFP, aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siaf emitido por Asofondos y que reposa a folios 195, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *«...yo en el momento en que me afilie a Porvenir estaba trabajando en el municipio de Tenjo, yo ya llevaba años cotizando, de pronto me llamaron a una reunión en el área de recursos humanos y vino una vendedora de Porvenir y nos dio una charla sobre el fondo y fue una charla grupal, asistimos varios funcionarios de la Alcaldía del municipio de Tenjo, en esa oportunidad nos dijeron que el fondo, que el Seguro Social se encontraba en crisis, que era muy conveniente que los funcionarios aprovecháramos antes de que se acabara para que nos afiliáramos al Fondo Porvenir que ahí íbamos a tener ventajas y que antes de que se acabara el Seguro Social, fondo al que yo estaba afiliada. Nos hicieron así grupal pero no analizaron cada caso en particular, no miraron mi historia hacia atrás*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*que ya llevaba varios años cotizando, nada, un ejercicio grupal que no duró ni siquiera una hora y al final del ejercicio grupal pasó la vendedora de Porvenir con el formulario, ya tenía cédula y datos generales del cargo, y firmamos, varios empleados incluso ese día todos los que asistimos a la reunión con base a lo que ella explicó procedimos a firmar el formulario una vez terminó la charla que no duro nada».*

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

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

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de las demandadas Porvenir S.A., y Protección S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto.

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.»*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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 apelantes al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que surge el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto, debido a que se encuentra ajustada a derecho.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

Por lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

### **COSTAS**

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 9 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUZ ELENA MORALES MALAVER** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y el



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara Voto*

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ ELENA MORALES MALAVER  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR  
S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y EL FONDO DE  
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD.  
2320190042801)**

**M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto 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 ibídem, por tanto, 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, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Elkin Fabian Castillo Cruz** identificado con cedula de ciudadanía No. 80.282.676 de Villeta y tarjeta profesional 261.451 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

## SENTENCIA

**DEMANDA:** La señora **LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO** a través de apoderado judicial, persigue se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual adelantada a través de la administradora PORVENIR S.A., por incumplimiento al deber legal de información, junto con aquel traslado horizontal realizado a la AFP PROTECCIÓN S.A., declarándose válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, consecuentemente, se condene a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a registrar en el sistema la nulidad e ineficacia de la afiliación, debiendo la última trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a lugar; se condene a Colpensiones a activar la afiliación en pensiones de la activa, recibiendo la totalidad de los aportes pensionales con rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; costas y agencias en derecho (folio 5).



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 29 de septiembre de 1962; que se encontró inicialmente vinculada al régimen de prima media desde su primer aporte (18 de julio de 1984) y hasta el 20 de junio de 1996 cuando se afilió a la AFP PORVENIR S.A. a la edad de 33 años y, en la medida, que asesores comerciales se presentaron a su trabajo para convencerla de movilizarse, aduciendo que el ISS PENSIONES estaba en graves problemas financieros y la permanencia en aquel colocaría en grave riesgo sus aportes, pero sin desplegar ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente brindando información veraz, oportuna, pertinente y objetiva que le permitiera conocer las consecuencias futuras, las características de ambos regímenes, sus pensiones o indemnizaciones con proyecciones objetivas, así como la viabilidad de retorno o retracto; circunstancia que tampoco realizó Colpensiones. Refiere que el 9 de marzo de 2000 se afiliado a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN cuando acreditaba 38 años, pero que, en la actualidad, es PORVENIR S.A. quien administra sus aportes. Indica que comparando la proyección pensional realizada por Porvenir S.A. con la desplegada por esa parte detalló la diferencia entre las mesadas, lo que condujo a solicitar la nulidad de la afiliación a las AFP privadas y la activación de la misma a Colpensiones, la cual fue decidida desfavorablemente por Porvenir S.A. y Protección S.A., y sin recibir contestación por Colpensiones solo hasta el requerimiento que elevara la Procuraduría General de la Nación.

## CONTESTACIÓN

La convocada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio* al anunciar que se está en presencia de un acto válido, existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, lo que, como contrato, le permite producir efectos jurídicos. **Excepciones:**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; traslado de aportes a Porvenir S.A.; y las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 108 a 121.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado se adelantó con plena voluntad del cotizante al solicitar su afiliación y suscribir los formularios para tal fin. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; y las que se demuestren, folios 140 a 155.

Finalmente, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, en tanto considera que no obran supuestos fácticos ni pruebas que demuestren la reclamada falta de información; aunado a que el acto de traslado se realizó con el lleno de requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los titulados prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo e innominada, folios 167 a 174.

## **DECISIÓN**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

el 10 de julio de 2020, resolvió **declarar la ineficacia** del traslado de Luz Mireya Rodríguez Ladino del Régimen De Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., realizado el 20 de junio de 1996 y la posterior afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. realizada el 9 de marzo de 2000 y finalmente el retorno realizado a la AFP PORVENIR el día 17 de julio de 2001; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 18 de julio de 1984, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **condenar** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, con destino a COLPENSIONES; **absolver** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y, **sin costas** (medio magnetofónico a folio 230).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que de las determinaciones jurisprudenciales y la situación fáctica de la activa, se logra desprender que las AFP demandadas no demostraron el cumplimiento en el deber de información, que le permitiera a la activa escoger en debida forma el régimen pensional, detallando las ventajas y desventajas, junto con las variables económicas a las que estaría sometida. Obligación que tampoco se desprende de los formularios de afiliación.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de alzada contra la anterior



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**determinación**, aduciendo en síntesis que la accionante demostró capacidad jurídica para realizar un negocio jurídico, de cara al estatuto civil y al haber realizado tres veces tal acto al movilizarse a Porvenir, Davivir, Horizonte y de nuevo a Porvenir por fusión, lo que acredita la debida asesoría, pues pudiendo retornar al régimen de prima media decidió permanecer. Precisa que de conformidad con la normatividad y la carga de la prueba, se cumplió a cabalidad con lo dispuesto antes del año 2016 al estar el consentimiento vertido en el formulario, más cuando nadie realiza un negocio jurídico si no está totalmente convencido de ello, y porque el simple hecho de ser una entidad de naturaleza experta no desplaza al afiliado de revisar su perfil, al no ser el desconocimiento de la Ley una excusa. Reclama la buena fe de la administradora ante la permanencia de la accionante por más de 20 años, brindando el acompañamiento debido, a lo que suma la improcedencia en fulminar condena por gastos de administración en la medida que, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, es el Estado quien garantiza la sostenibilidad del sistema, el que se afecta al hacer fraude a la regulación legal y sin adelantarse las restituciones mutuas que prescribe el artículo 1746 del Código Civil donde cada uno es responsable de las pérdidas, intereses y frutos, así como la gestión de la administradora al procurar la generación de rendimientos para una cuenta particular del afiliado, los que no se consuman en el fondo común aun cuando ambos regímenes descuentan por gastos de administración. Resaltando que fue la Superintendencia la que aclaró que los gastos de administración junto con los seguros previsionales, se descuentan para procurar la buena administración de los recursos y mantener vigentes las pólizas de seguros, por lo que no pueden ser retornados a Colpensiones.

A su turno, **COLPENSIONES** señaló como reparos a la decisión de primera instancia, que el traslado se centró en la falta de información pero pasándose por alto que la normatividad para la data de la firma



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

del formulario solamente implicaba la aceptación espontánea, libre y expresa manifestada con la firma del formulario, lo cual se cumplió a plenitud, pues aquellas disposiciones de los años 2014 y 2015 donde nace la doble asesoría no son ajustables al asunto, siendo irrazonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos, pues con ello se afectaría la confianza legítima, la legalidad y el debido proceso que involucra juzgar el acto con las normas preexistentes; lo anterior, implica que la carga de la prueba recae en las AFP desde el año 2016. Que ello se agrava al vislumbrar que Colpensiones no participó en el acto jurídico y, bajo el principio de relatividad jurídica, los actos jurídicos tienen efectos Inter partes y la solo debe repercutir entre ellos. En lo concerniente a la sostenibilidad financiera, concreta que al haber permanecido la afiliada por más de 22 años, se está lesionando a Colpensiones al no poder trasladarse faltándole menos de 10 años, lo que no resulta caprichoso sino para resguardar el fondo común que se usa para pagar las respectivas pensiones, generando un desequilibrio al no ser los recursos suficientes según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C 1024 de 2004 y C 062 de 2010, no pudiendo beneficiarse de las cotizaciones de los demás afiliados. Reclama que, de confirmarse, se disponga el cumplimiento de la orden siempre que la AFP reintegre las sumas condenadas.

## **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**Parte demandante:** Este extremo peticiona la confirmación del fallo de primera instancia, resaltando la falta de asesoría y de cumplimiento en



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

el deber de información encargado a las administradoras; en la medida que el formulario de afiliación por sí solo no puede considerarse como suficiente dará dar consumado el consentimiento informado. Igualmente, aduce no ser sustento el impacto fiscal por no ser dicho argumento un eximente a la falta de información.

**Parte demandada:** La convocada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que para el momento del acto de la afiliación la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, donde preveía la aceptación espontánea, libre y expresa de traslado a través de la firma del formulario de afiliación, tal como lo realizó la demandante; resultando jurídicamente inviable imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico. Debe atenderse que la convocante a juicio a permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que su traslado actual afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema al tenor del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

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 advierte la realización en debida forma el 21 de julio de 2018, como consta a folio 56.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por las apelantes, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración.

## **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación de la activa (fls.14), formularios de vinculación (fls.36 y 37), reporte de semanas cotizadas e historia de cuenta individual (fls.39 a 51), proyección pensional efectuada por Porvenir S.A. (fls.52 y 53), reclamaciones administrativas y su respuesta (fls.55 a 66), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.122 a 124, CD a folio 156, 175 a 186), e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (folio 225).

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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 señaló *«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 de 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 indicado, 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, señaló:

*«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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*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:

*«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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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, 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 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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

*Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional 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.

## **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de julio de 1984 (folio 38), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 20 de junio de 1996 con efectividad al 1º de agosto de esa anualidad (fls. 36). Seguido a ello, el 9 de marzo de 2000 realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP DAVIVIR, folio 37 y 122; luego, el 17 de julio de 2001 resolvió vincularse a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. (fls. 175, 180 y 186), con efectividad del 1º de septiembre de ese año, aspectos que se pueden confirmar con la información contenida



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

en el reporte SIAFP emitido por Asofondos y que reposa a folio 122 y 175, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 39 a 51, 181 a 184); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 36.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la demandante, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en indicar la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social estaba por extinguirse por los abundantes problemas financieros, con la pérdida de las cotizaciones y, solo en ese fondo lograría una pensión (folio 225).

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. incurrió 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, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Porvenir S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración y rendimientos, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

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

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

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

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

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

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***  
(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

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

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

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Líquidense en primera instancia.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 10 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

laboral seguido por **LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PRPOTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Líquidense en primera instancia.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara Voto*

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 1920180059001)**

**M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto 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 ibídem, por tanto, 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, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **FELISA ZORRO LÓPEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

## A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo Valle y tarjeta

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

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

**DEMANDA:** La señora **FELISA ZORRO LÓPEZ** a través de apoderada judicial, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de vejez, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios y con aplicación de una tasa de remplazo del 75%, a partir del momento en que comenzó a disfrutar de la prestación pensional; al pago del retroactivo pensional causado; al reconocimiento y pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a la indexación de las sumas reconocidas y el pago de las costas procesales. (fl. 58 y 59).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 57 y 58 de las diligencias, que en síntesis advierten, que mediante Resolución 23482 de 27 de junio de 2012, el extinto Instituto de los Seguros Sociales le reconoció una pensión de vejez en cuantía inicial de \$670.012, condicionada al retiro efectivo del servicio en aplicación a la Ley 71 de 1988; que mediante Resolución GNR 208024 de 15 de agosto de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, ordenó su ingreso en nómina, en cuantía de \$695.579, condicionándose el reconocimiento al retiro del servicio; que mediante



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Acto Administrativo 224830 de 29 de junio de 2016, la accionada le reliquidó la prestación pensional en cuantía de \$695.579; que elevó reclamación administrativa ante Colpensiones el 17 de febrero de 2017, con el propósito que se le reliquidara la prestación pensional teniéndose en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicio y con una tasa de remplazo del 75%.

**CONTESTACIÓN:** la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar, en síntesis, que en el presente caso se liquidó la prestación pensional de la accionante conforme lo prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme lo establece la Ley 71 de 1988, normas que resultan aplicables y favorables para la señora Zorro López.

**Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada. (fl. 71 a 76).

#### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y **condenar** en costas a la parte demandante. (Cd. Fl. 85).

Lo anterior por considerar el *a quo* que conforme las enseñanzas vertidas por la Corte Suprema de Justicia, las personas que son beneficiarias del régimen de transición, tendrán derecho a que se les liquide la prestación pensional de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, respetándose los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión o tasa de remplazo,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

empero a lo atinente al ingreso base de liquidación y los factores salariales, corresponde remitirse a lo previsto en la norma transicional, lo que de contera implica que el IBL será aquel que surge de lo cotizado en los 10 últimos años anteriores a adquirir el derecho pensional o el de toda la vida si fuere el caso.

### **RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandante **FELISA ZORRO LÓPEZ**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no resulta procedente la condena impuesta por concepto de costas procesales, pues a su sentir, dicha imposición hace más gravosa su situación, así mismo, señala que los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado se dieron con posterioridad a la presentación de la demanda, lo que conllevó a un cambio jurisprudencial que afectó las aspiraciones incoadas en el *libelo* introductor.

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

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

**Parte demandante:** Solicita la revocatoria de la sentencia apelada, al considera, que al interior del proceso se le desconoció de manera total el precepto legal contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues no se le tuvo en cuenta, al momento de liquidar la prestación pensional, que el monto de la prestación surge del producto de lo cotizado en el último año a pensión con una tasa de remplazo del 75%.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**Parte demandada:** En la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, solicitó la confirmación de la sentencia, al considerar, en síntesis, que la liquidación del IBL de la pensión de vejez reconocidas conforme el régimen de transición se deben realizar teniendo en cuenta el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto el artículo 21 de la misma preceptiva normativa, tal como efectivamente lo efectuó la entidad al momento de reliquidar la prestación pensional.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 17 a 34 del informativo.

### **PROBLEMA JURIDICO**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si le asiste razón al sentenciador de primer grado en impartir condena por concepto de costas procesales en contra de la señora Felisa Zorro López.

### **DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA POR CONCEPTO DE COSTAS PROCESALES**

La apoderada judicial de la apoderada judicial de la convocante a juicio, se duele de la imposición de constas a cargo de su representada, al considerar que tal condena le hace más gravosa la situación y que no se tuvo en cuenta que los pronunciamientos del Órgano de Cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa, en torno a la forma de liquidar las prestaciones pensionales de los beneficiarios del régimen de transición, se dieron con posterioridad a la interposición de la demanda.

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

Del mismo modo, no resulta de recibo el argumento expuesto por la convocante a juicio tendente a señalar que los pronunciamientos que fueron emanados por el Consejo de Estado en torno a la forma en que se liquidaría las prestaciones pensionales de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición, se dieron con posterioridad a la presentación de la demanda, y que aquello debió tenerse en cuenta al momento de impartir condena por concepto de costas procesales, ello, si se tiene en cuenta que en el fallo que profirió el sentenciador de primer grado, aquel se sujetó a las enseñanzas vertidas de vieja data por la Corporación de Cierre en materia laboral, sin que en su decisión influyera el precedente invocado por la activa y que hoy le sirve como argumento de censura.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Sobre este último aspecto, preciso se torna para la Sala memorar, que de manera pacífica y reiterada, la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, como las sentencias con radicación 30602 de 13 de diciembre de 2007 y 34017 de 2 de septiembre de 2008, enseñó que *«Frente al tema de la indexación de la base salarial para liquidar la primera mesada pensional respecto de aquellas personas que cumplieron con el requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala tiene sentado, por mayoría, que la base salarial para tasar la mesada pensional en el régimen de transición, es la señalada por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993»*.

En similares términos se pronunció el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 16486 de 2016, oportunidad en la que la Alta Corporación enseñó que:

*«Conforme a lo ya expresado, es claro que en ninguna equivocación incurrió el Tribunal cuando dedujo que la liquidación de la mesada pensional que realizó la entidad de seguridad social al demandante, se ajustó en un todo a derecho, y por ende negó la solicitud de reliquidación de la prestación económica objeto de controversia, pues aun cuando al demandante se le reconoció la pensión de vejez o jubilación con sujeción a las previsiones de la Ley 33 de 1985, en virtud de ser beneficiario del régimen de transición, el ingreso base de liquidación de la respectiva mesada pensional sí debía obtenerse con referencia a los parámetros previstos en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como procedió la demandada, más no teniendo en cuenta lo devengado por trabajador en el último año de servicios, según lo pretende el impugnante.*

*Lo anterior por cuanto, como ya lo tiene precisado insistentemente la jurisprudencia de la Corte, el régimen de transición garantiza la edad, el tiempo de servicios o número semanas de cotización exigidas, así como la tasa de reemplazo, pero el IBL se rige por lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*Así las cosas, resulta acertada la decisión del Tribunal al negar la reliquidación de la mesada pensional del demandante, pues no resultaba aplicable en el sub iudice la Ley 33 de 1985 y demás normas denunciadas, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, amparado por el régimen de transición, pues el referente normativo con esa finalidad, tal como lo hizo la demandada para obtener el valor de la mesada pensional del asegurado, es el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993».*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Visto lo precedente, no es de recibo el argumento expuesto por la recurrente con la intención de que se revoque la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena en costas que le fuera impuesta, bajo la égida del cambio jurisprudencial emanado por el Órgano de cierre en materia contencioso administrativo, pues como se expuso en precedencia, el precedente aplicado al caso en concreto por parte del fallador de primera instancia, es el sentado de vieja data por la Corte Suprema de Justicia en su especialidad laboral, criterio por demás reiterado y pacífico.

Lo expuesto, resulta suficiente para confirmar lo resuelto por el *a quo* frente a esta condena.

### **COSTAS**

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **FELISA ZORRO LÓPEZ** contra la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GRACIELA SANTOS GÓMEZ** CONTRA **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP Y OTROS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## SENTENCIA

**DEMANDA:** La señora **GRACIELA SANTOS GÓMEZ** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare la responsabilidad solidaria de **TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.** de las obligaciones a las que fue condenada IMPULSANDO S.A. en sentencia del 10 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales, derivadas del contrato de trabajo ejecutado del 4 de abril de 2009 al 25 de octubre de 2010; como consecuencia, se condene a **COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES** como absorbente de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. a pagar las sumas de dinero ordenadas por el Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas de Bogotá en sentencia del 10 de octubre de 2012, junto con las costas y agencias en derecho (fls. 2 y 3 de las diligencias).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de hecho relatados a folios 3 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 4 de abril de 2009 celebró contrato de trabajo por obra o labor contratada con IMPULSANDO S.A., para desempeñar el cargo de Asesora Comercial, mismo que fue ejecutado en la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. desde el 4 de abril de 2009 al 25 de octubre de 2010, ello es, durante todo el nexo y con ocasión a los contratos C-0884-07 y C-0346-10, por medio de los cuales IMPULSANDO S.A. y TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. se obligaron a promover la comercialización de productos y servicios de Telefónica Móviles Colombia S.A. a terceras personas y, la última, a pagar la remuneración acordada. Vínculos que se encontraban amparados por SEGUROS DEL ESTADO S.A. (contrato C-0346-10) y por MAPFRE COLOMBIA (C-0884-7) contra los riesgos de salarios y prestaciones sociales. Indica que el negocio principal de IMPULSANDO S.A. para la data del nexo contractual era suministrar personal calificado y no calificado, junto con la comercialización de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

productos de telefónica celular y, de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. la de comercialización de productos de telefonía móvil celular, servicios móviles y servicios de telefonía móvil celular, lo que conduce a que la última sea solidaria con las obligaciones laborales de la empresa IMPULSANDO S.A. por ser beneficiaria de la labor desarrollada por GRACIELA SANTOS GÓMEZ y, con ocasión a la condena impuesta por el JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS el 10 de octubre de 2012, donde fulminó condena contra IMPULSANDO S.A. por \$1'693.616 a razón de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones, la suma diaria de \$17.167 desde el 26 de octubre de 2010 y hasta que se verifique su pago por indemnización moratoria, junto con \$4'274.583 a título de indemnización por no consignación a las cesantías en un fondo de pensiones, las que no han sido canceladas. Concluye informando que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP absorbió a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., lo que condujo a que el 21 de octubre de 2013 elevara reclamación para el pago de las sumas condenadas a Colombia de Telecomunicaciones, la cual fue zanjada de maneja desfavorable en comunicación del 5 de noviembre de 2013 al aducir que no fue parte del proceso.

## **CONTESTACIÓN**

La pasiva **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP**, contestó el *libelo introductor* manifestando su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no hizo parte del proceso 2011 141 tramitado por el Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales y nunca sostuvo una relación laboral comercial o de otra naturaleza con la activa. Refiere que IMPULSANDO S.A., con ocasión a los contratos suscritos, nunca ostentó la calidad de contratista de Telefónica Móviles Colombia S.A., pues la labor desplegada es extraña



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

al giro ordinario de la pasiva como prestadora del servicio público de telecomunicaciones, por lo que no se reúnen los presupuestos de la pretendida solidaridad, máxime cuando el objeto de los contratos era la promoción de la comercialización de los productos y servicios de Colombia de Telecomunicaciones, a terceras personas. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados cosa juzgada; inexistencia de las obligaciones demandadas; falta de título y causa en la demandante; cobro de lo no debido; pago; compensación; buena fe; prescripción; inexistencia de responsabilidad solidaria; mala fe de la demandante y su apoderada, y las que se prueben en el curso del litigio, folios 130 a 168.

A su turno, la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**<sup>2</sup> dio respuesta a la acción jurisdiccional y al llamamiento, informando que no se cumple con el requisito de que el beneficiario de la obra o los servicios, realice las mismas labores que contrata con el contratista, por ser los objetos sociales totalmente diferentes. **Excepciones:** petición se declaren las nominadas imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales; inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza; ausencia de obertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, lo cual conlleva a una falta de legitimación en la causa respecto del llamamiento en garantía efectuado por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP; cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular; ausencia de responsabilidad de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, por cuanto NO se encuentra probada la solidaridad; inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara la relación directa con la demandante; imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del Código

---

<sup>2</sup> Folio 292 y vuelto.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Sustantivo de Trabajo y el art. 99 de la Ley 50 de 1990; compensación; límite de responsabilidad y las que se prueben (folios 373 a 391).

La llamada en garantía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**<sup>3</sup>, rechazó los reclamos peticionados resaltando que la demandada no hizo parte del proceso ordinario 2011 141, evitando que ejerciera el derecho de defensa y, por lo tanto, que se extiendan por medio de la solidaridad, dimanando en la absolución. **Excepciones:** elevó los titulados prescripción; alcance de la sentencia 2011-141 proferida por el Juzgado 2 Municipal de Pequeñas Causas Laborales; genérica; inexistencia de obligación de indemnizar; frente a la póliza expedida por mi representada y a su vinculación dentro del presente asunto y buena fe (folios 321 a 331)

Finalmente, la *litisconsorte* necesaria **IMPULSANDO S.A.** a través de curador *ad litem*, dio respuesta a la acción judicial informando que se atiene a lo probado en el curso del asunto, en la medida que obra sentencia condenatoria contra ésta emitida por el Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de esta ciudad. **Excepciones:** reclamó se decreten probadas aquellas que se demuestren en el curso del litigio, folios 481 a 491.

## **DECISIÓN**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020, resolvió **declarar** la responsabilidad solidaria entre la empresa IMPULSANDO S.A. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP respecto de las obligaciones laborales de GRACIELA SANTOS GOMEZ; **condenar** a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP y solidariamente a IMPULSANDO S.A. a pagar a la demandante las

---

<sup>3</sup> Ibidem.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

condenas impuestas por el Juzgado 2° de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, que se discriminan así: 1). Por concepto de 10 días de salario y auxilio de transporte, cesantías, intereses de cesantías, sanción por el no pago de los intereses de las cesantías, prima y vacaciones: \$1'693.664; 2) Por concepto de indemnización moratoria del art. 65 del CSTSS, la suma de \$17.167 pesos diarios por cada día de retardo en el pago de la liquidación, a partir del 26 de octubre de 2010 y hasta cuando el pago se verifique; 3) Por concepto de la indemnización por la no consignación de las cesantías: \$4'274.583; **absolver** a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP e IMPULSANDO S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra; **absolver** a las aseguradoras de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **condenar** en costas a las demandadas COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP e IMPULSANDO S.A.; **declarar no probada** la excepción de prescripción propuesta por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP; **declarar probada** la excepción de prescripción propuesta por las aseguradoras demandadas (medio magnetofónico a folio 531).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se encuentra en discusión la relación laboral de la demandante con la empresa Impulsando S.A., conforme da cuenta la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá. En lo concerniente a la solidaridad, indica que obran los contratos de agencia comercial, interrogatorio del representante legal de la empresa y una testimonial, que dan cuenta de la actividad de la demandante como trabajadora en misión en Colombia Telecomunicaciones S.A., junto con la prestación del servicio entre ésta y la empresa de servicios temporales. Que al estar compelidas las EST a desarrollar ciertas actividades y por cierta temporalidad, se encuentra que el último parámetro fue vulnerado al superar los 6 meses prorrogables por otros 6 meses, en la medida que el contrato fue del 4 de abril de 2009 al 25 de octubre de 2010 «con lo cual le resultaría al despacho fácil concluir, que en el presente asunto la empresa de servicios temporales violentó las normas establecidas por la Ley 50 de 1990,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*que a la luz de la jurisprudencia reseñada anteriormente se impondría eventualmente (...) una condena a la empresa Colombia Telecomunicaciones S.A ESP como usuaria del servicio». Referente a la excepción de prescripción propuesta por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, la declara no probada ante la interrupción realizada el 21 de octubre de 2013 y la interposición de la demanda el 20 de marzo de 2015; lo cual no cobija a las aseguradoras ante la falta de reclamo posterior a la terminación del contrato.*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**La demandada, COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis, como motivos de disidencia, que se sobrepasaron los parámetros de la fijación del litigio y de las mismas pretensiones, donde únicamente se reclamó la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 34 del CST por la actuación del contratista IMPULSANDO S.A.; por lo que no podía darse una connotación diferente, en la medida que Colombia Telecomunicaciones no hizo parte del proceso gestado por el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas, al entender la activa que el único empleador era Impulsando S.A., lo que, adicional, limitó su derecho a la contradicción y al debate jurídico, conduciendo a una sentencia que hizo transito a cosa juzgada referente al vínculo laboral y los extremos, por lo que no podría ahora indicarse que la demandada principal fue la usuaria de los servicios y empleadora, al ir en contra de esa determinación judicial. Resalta que son evidentes los contratos comerciales con Impulsando S.A. para adelantar una agencia comercial conforme el artículo 1317 del Código de Comercio y con el fin de realizar una intermediación o colaboración empresarial para la difusión y comercialización de servicios de telecomunicación, lo que no solo impide construir los lineamientos del art. 34 del CST por carecer de la calidad de contratista independiente, sumado a que la actividad desplegada por



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

IMPULSANDO SA fue de forma independiente y estable y, que Colombia Telecomunicaciones tiene como objeto la explotación del espectro electromagnético para la prestación del servicio público, conforme a los permisos y autorizaciones concedidas por el Ministerio de Telecomunicaciones, con las cuales no cuenta Impulsando S.A.; circunstancias que impiden catalogar a la demandante como trabajadora en misión y menos indicar que era un hecho probado, pues de nuevo se estaría hablando de un aspecto no discutido como la intermediación laboral del art. 35 del CST, que carece de prueba respecto a la entrega de algún tipo de herramienta, suministro, dotación pues *«estaría en contra de toda razón y lógica para este presente proceso que, es que el señor juez ha sido claro y enfático en que no se puede, y al momento de condenar a mi representada lo hace respecto de las condenas que impuso en su momento el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Laborales de Bogotá, es decir, que no se puede acortar ni ampliar, así lo señaló en su momento, ni hacer un estudio respecto de ésta teniendo en cuenta que eso ya está, o es parte de cosa juzgada, entonces, en tal medida no podía hacer un estudio específico de esa circunstancia, no obstante si cambia esa sentencia de una manera clara y precisa al señalar entonces que Colombia Telecomunicaciones es el empleador de la demandante»*, por lo que no puede haber condena al ser una violación a las leyes laborales, al tener un fallo donde la misma trabajadora en un idéntico periodo, estuvo en las mismas actividades con empleadores diferentes. Referente a la prescripción, acota que las condenas a imponer se encontrarían afectadas, pues al finalizar en nexa con IMPULSANDO el 25 de octubre de 2010 e interponer reclamación el 21 de octubre de 2013, las anteriores al 21 de octubre de 2010 están prescritas, por lo que no podrían ser impuestas todas sin analizar la situación respecto de la pasiva. En lo tocante a la indemnización moratoria precisa que *«aun en gracia de discusión, la supuesta comunicación remitida a mi representada fue el 21 de octubre del año 2013, pero solo hasta el año 2015 se inicia un proceso ordinario en contra de Colombia Telecomunicaciones, claramente si yo no participase, no participé en un proceso judicial pues no tengo obligación ni cabe en cabeza alguna, que yo tuviera que pagar algún tipo de condenas que no eran un vínculo laboral no tenía absolutamente nada que ver con Colombia Telecomunicaciones, de ahí que Colombia*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*telecomunicaciones actuó de buena fe y de hecho solicito se estudie la actuación de la parte demandante respecto de postergar una demanda durante más de dos años o cinco años», más cuando no se pudo debatir el salario, la forma liquidataria y el trascurso de 24 meses. Finalmente reclama el análisis del llamamiento en garantía, al no existir obligación para presentar alguna reclamación desde el año 2013, al deber adelantarlo una vez se tiene conocimiento de la demanda, por lo que no puede hablarse de prescripción.*

### **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**Parte demandante:** Este extremo procesal guardó silencio.

**Parte demandada:** La llamada en garantía **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** preciso qué, ante la ausencia de reclamación administrativa, todas las acreencias laborales pretendidas se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción; conduciendo a la confirmación del fallo de primera instancia. Agrega que las pólizas no pueden ser afectadas, ante la falta de cobertura para la solidaridad de qué tratan los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, más aún, cuando el objeto no es asegurar el incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones.

A su turno, la demandada **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP** reclama la revocatoria del fallo de primer grado, aduciendo para el efecto que no hizo parte del asunto judicial 2011-141 tramitado por el Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá; no ha sostenido vinculo laboral, comercial o de otra naturaleza con GRACIELA SANTOS, lo que demuestra el error en la declaratoria



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

contractual. Resalta la ausencia de parámetros para concretar la solidaridad con IMPULSANDO S.A., no solo por el contrato de agencia comercial suscrito que le impedía ser contratista independiente, sino que la labor desplegada era extraña al giro ordinario de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Finaliza reiterando la consumación de la prescripción y la condena a las llamadas en garantía.

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*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo pasivo, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada<sup>4</sup>, el determinar si se configuran los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y, de salir avante, concretar las obligaciones de las llamadas en garantía junto con la excepción de prescripción.

### **RELACIÓN LABORAL**

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

---

<sup>4</sup> Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

plenario, bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada (fls.11 y 12), medio magnetofónico y acta de audiencia pública celebrada en el proceso 02 2011 00141 (fls.13 a 16), póliza de cumplimiento (fls.16, 17 y 36, 221 a 223, 227, 264, 265, 332 a 338, 392 a 399), copia de los contratos C – 0884-07, otrosí y C-0346-10 de 18 de mayo de 2010 (fls.18 a 48, 173 a 210, 212 a 220), reclamación de acreencias laborales y su respuesta (fls.67 a 71), certificación emitida por Colombia Telecomunicaciones S.A. (fls.169 y 170), copia de registro tic (fls.171 y 172), misiva de no prórroga del contrato de agencia comercial (fls.211), interrogatorios de parte absueltos por la representante legal de Colombia Telecomunicaciones S.A. y la demandante (CD a folio 523) y testimonio rendido por Ivonne Pilar Lagos García (medio magnetofónico a folio 523); probanzas de las cuales se colige, que mediante sentencia judicial emitida por el Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá el 10 de octubre de 2012, dentro del proceso judicial 02 2011 141, se «DECLAR[Ó] la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada entre GRACIELA SANTOS GOMEZ e IMPULSANDO S.A., representada legalmente por JOSE CUELLAR o por quien haga sus veces, entre el 04 de abril de 2009 y el 25 de octubre de 2010»<sup>5</sup>, al aducir el operador judicial de única instancia que, derivado de las sanciones impuestas a la sociedad convocada por la falta de comparecencia a las diligencias jurisdiccionales y la certificación emitida por IMPULSANDO S.A., donde se relataba el nexo, cargo y extremos temporales, era viable determinar la existencia del vínculo reclamado con aquella.

Circunstancia que, al ser concretada en sentencia judicial que hizo tránsito a cosa juzgada, no puede ser desconocida, modificada o reparada en un debate judicial posterior, pues ejecutarlo no solo comportaría una diáfana afectación a la seguridad jurídica que cobija

---

<sup>5</sup> CD a folio 15.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

a los administrados y compete resguardar a los dadores de justicia, sino que conduciría a la vulneración de los derechos adquiridos.

Acotación que se eleva en el marco de esta segunda instancia, ante el reparo presentado por la apelante de cara a la declaratoria de solidaridad impuesta por el *A quo*, bajo el escenario de una intermediación por la Empresa de Servicios Temporales y, la tan anunciada falta de contradicción en ese espacio procesal.

De suerte que, tal indicación permite a este Juez Colegiado imprimir sendas acotaciones que iluminarán el camino a continuar para dar feliz término a esta instancia y, que en suma, permitirán ratificar o deconstruir la hipótesis planteada por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

Así, no escapa del devenir procesal y factico reclamado en el cuerpo del *libelo genitor y contestatario*, que la situación contractual de SANTOS GÓMEZ fue fijada por el Juez Municipal de Pequeñas Causas Laborales, al prever, como se indicó, que la fuerza de trabajo por ella desplegada fue materializada a favor de IMPULSANDO S.A. por la suscripción de un contrato de obra o labor contrada. Determinación que, no solo no fue objeto de debate o fijación del litigio por orfandad de reclamo de la accionante en este nuevo proceso, sino que el *A quo* se encontraba impedido en hacer manifestaciones adicionales o modificar los títulos ya plasmados para cada uno de los extremos procesales.

En esa perspectiva, encuentra acierto el reproche elevado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. al precisar que en este ámbito judicial no resultaba acertado emitir nuevas pautas referentes a la forma en que se desarrolló el contrato de la demandante con IMPULSANDO S.A., como quiera que al realizarlo dio paso a una



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

mutación en tono a las características impuestas por el Juez de única instancia, quien se limitó a exponer un contrato de trabajo sin tintes de empleada en misión, subordinación y, mucho menos, llegar al punto de imprimir el gravamen de patronal a una nueva sociedad.

Lineamiento que fue, precisamente, lo que acaeció en el *sub examine* al concretar el Juez de primer grado que IMPULSANDO S.A. excedió los términos laborales para la remisión en misión de Graciela Santos, conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y, en esa medida, se impondría las consecuencias de tal falencia a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Secuelas que lejos de comportar una simple responsabilidad, como intentó indicarlo, implica la imposición del rotulo de patronal a quien funge como usuario del servicio, como a bien lo indicó la sentencia de primera instancia y se ratifica de los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, entre muchas, en la sentencia SL 2710-2019 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al adocinar:

*«Esta sala de la Corte ha establecido al respecto que «...las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990...» y que «la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados» (CSJ SL3520-2018 y CSJ SL467-2019). (...)*» (negrilla fuera de texto)

Por manera que, bajo tal espectro factico y jurídico, es que emana innegable que la determinación del *A quo* desborda lo reclamado en el escrito introductor en cuanto al contrato de trabajo, y afecta la seguridad jurídica que exige una sentencia judicial debidamente ejecutoriada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Razón por la cual, es que se limitará esta segunda instancia a analizar la solidaridad pretendida, como la misma empresa lo reclama en la alzada, bajo los lineamientos del artículo 34 del CST y dejando incólumes las pautas fijadas por el Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales, en el proceso 02 2011 141.

## DE LA SOLIDARIDAD

Planteadas así las cosas, se procederá a disgregar los contextos jurídicos y sustantivos inmersos en el *examine*, para determinar si aquella institución encuentra el cauce perseguido por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

---

Sala Laboral

Para los fines del artículo *ejusdem*, debe señalarse que conforme lo indica esta disposición, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

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

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

Sobre este particular aspecto ha decantado igualmente que, para que esta solidaridad se presente, a más de que la acción desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere la ejecución por el trabajador reclamante, de una actividad específica enmarcada en el contrato a desplegar.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Respecto a tal hermenéutica, esa Alta Corte sostuvo en proveído rad. 40135 de 24 de agosto de 2011, que:

*«Para resolver el cargo baste recordar lo que sobre la solidaridad prevista por el artículo 34 del CST ha dicho la Corte:*

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

(...)

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

(...)

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

En virtud de lo hasta aquí analizado, descende este Juez Colegiado a determinar si se cumplen los parámetros normativos para ratificar o no la responsabilidad solidaria, no sin antes indicar que el sustento que



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

acusa Colombia Telecomunicaciones S.A. como afectante de su consumación, es el nexa suscrito con IMPULSANDO S.A. y, como este, impide darle el lugar de contratista.

Bajo tal egida, se halla que el diligenciamiento fue integrado con dos contratos suscritos entre la demandada principal y el *litisconsorte* necesario Impulsando S.A., siendo el primero catalogado como CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL (folios 18 a 35, 173 a 206) y el segundo de CONTRATO DE SUMINISTRO DE SERVICIOS (folios 37 a 48, 214 a 220). Nexos que, lejos de dar viabilidad a la petición del recurrente, conducen a entrever con mayor claridad la premisa de la norma que gobierna el *sub lite*, en la medida que son instituciones propias de intermediación por contratista.

Denótese como, no solo la apelante yerra al informar que únicamente se presentó la AGENCIA COMERCIAL, cuando aún, con los otrosí adosados a folios 207 a 213, se desprende que las sociedades enmarcaron su relación con la suscripción de dos vínculos, donde el CONTRATO DE SUMINISTRO DE SERVICIOS inició su temporalidad el 1º de mayo de 2010; sino que, de la misma prescripción normativa se logra entrever que la naturaleza de la agencia comercial envuelve las características reclamados por el artículo 34 del CST, al fijar el artículo 1317 del Código de Comercio que:

**«ARTÍCULO 1317. <AGENCIA COMERCIAL>**. *Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*

*La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente»*  
(acentúa la Sala)



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Y es que, no puede llegarse al dislate de limitar la figura de la solidaridad al simple plano de los documentos titulados por las partes como contratista, para así liberarse de forma inadmisiblemente de las consecuencias negociales, cuando la génesis de la norma implica desentrañar las actividades y el nexo de causalidad con el beneficiario de la obra, sin circunscribirse al nombre impuesto.

Máxime, cuando este acuerdo comercial implica la clara intermediación para lograr la construcción del objeto social, tal como ha sido dilucidado *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción civil, al enseñar en la sentencia SC18392 -2017:

*«De acuerdo con lo anterior, la agencia comercial: (i) **es una forma de intermediación**; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es “a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento **sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario**”<sup>6</sup>; (iv) exige una estabilidad en el desempeño de esa labor; y (v) el agente tiene derecho a una remuneración.*

*(...)» (negrilla y subraya fuera de texto)*

De manera tal fue *iterado* por esa Alta Corte en la sentencia del 10 de septiembre de 2013, dentro del proceso 1100131030222005-00333-01, al indicar que *«como su objeto es “promover o explotar negocios” del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. (...) los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente»*

De suerte que, resulta independiente el título que se le imprima al documento contractual que ate a las sociedades, para entrar a dilucidar

<sup>6</sup> CSJ SC de 4 de abril de 2008, exp. 0800131030061998-00171-01.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

la solidaridad, más aun, cuando desde la misma razón de ser del contrato de agencia, se encuentra la concurrencia de los presupuestos para aquella institución del art. 34 del CST.

A lo anterior se adiciona, que indicando de manera enérgica la pasiva que su función concierne, únicamente, a la explotación del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de comunicación, lo que impediría igualar o relacionar su objeto con los contratos suscritos con IMPULSANDO S.A. para efectos del tópico bajo estudio, lo cierto es que tal manifestación desdice, aun, de las propias declaraciones vislumbradas a folios 18 y 174, al indicar como actividad comercial:

*«b. Que **Telefónica Móviles** autorizará determinados productos y servicios (en adelante, los “Productos y Servicios”) a comercializar directamente por **Telefónica Móviles** o a través de canales especializados para su distribución.*

*c. que el **Agente**, cuya actividad exclusiva consiste en el distribución y venta de productos y servicios de Telecomunicaciones, solicitó a **Telefónica Móviles** actuar como su **agente** comercial, para promover los Productos y Servicios de **Telefónica Móviles** autorizados por ésta, en sus establecimientos propios y en las condiciones que **Telefónica Móviles** defina;*

*d. que la comercialización de los Productos y Servicios son los únicos ramos de los diversos negocios de **Telefónica Móviles** cuya promoción es objeto del presente contrato» (subraya fuera del original)*

Aspecto resaltado en idénticos términos, en el contrato de suministro de servicios a folio 37 a 48.

De esta manera, se logra establecer que fue la misma llamada a debate, quien determinó la distribución y venta de productos y servicios de telecomunicaciones, como parte de su rama comercial en el cuerpo del contrato comercial, sumado a localizarse en similares márgenes dentro del objeto social relatado en el Certificado de Cámara y Comercio, militante a folio 53 vuelto, que al punto indica «Así mismo, la sociedad podrá desarrollar las siguientes actividades comerciales: (I) la prestación de servicios de



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*telecomunicaciones (...) (III) producción, distribución, venta y mercadeo de productos y elementos relacionados con telecomunicaciones».*

De conformidad con las anteriores precisiones, es claro, como se deriva igualmente de la redacción de la norma en que se fundan las pretensiones de la activa, esto es, el artículo 34 CST, que la responsabilidad solidaria que se establece respecto del beneficiario de la obra, como es en este asunto COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, es dable pregonarla, cuando la actividad o labor desempeñada por IMPULSANDO S.A. y por ende, por la demandante a su favor se materializó en tal escenario.

Por ello la empresa beneficiaria de la labor del SANTOS GOMEZ es responsable solidariamente de las acreencias laborales que resultaron a su favor mediante sentencia ejecutoriada del 10 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales.

Por tanto, no puede más la Sala que confirmar la condena impuesta en la sentencia impugnada sobre la mentada empresa, pues no se presenta en este asunto, la excepción prevista en el artículo 34 CST a la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, esto es, que la actividad desempeñada por el actor sea ajena o extraña a las funciones propias y normales del beneficiario.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en la alzada por Colombia Telecomunicaciones S.A.

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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, la pasiva solicita en la apelación la cuantificación individualizada de las sumas a imponerse, indicando que, a la fecha de radicación de la demanda en su contra, algunas condenas varían como la indemnización moratoria y las prestaciones sociales, por el fenómeno de la prescripción. No obstante, necesario es referir que tal reclamo desdice innegablemente del mandato impuesto por el artículo 34 del CST, que lejos de construir la solidaridad en un acto individual del responsable donde debe impartirse solidaridad en proporción al tiempo de presentación de la solicitud, implica que asuma la responsabilidad de aquellas condenas a cargo del empleador principal. Dimanando en que su obligación involucra la globalidad de obligaciones encartadas a IMPULSANDO S.A., por «los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores», como consecuencia diáfana e ineludible de trasladar sus obligaciones a terceros intermediarios.

Se suma de lo anterior que, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el nexo de GRACIELA SANTOS GOMEZ con IMPULSANDO S.A. el 25 de octubre de 2010 (CD a folio



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

16), elevar reclamación a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP el 21 de octubre de 2013 para el pago de las sumas contractuales (fl. 67) e interponer la demanda ordinaria laboral el 30 de marzo de 2015, folio 88, es que resulta indudable que en el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo, como a bien tuvo indicarlo la Juez de Conocimiento y en tratándose de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

Lo cual no cobija a las llamadas en garantía, SEGUROS DEL ESTADO S.A. y MAPFRE SEGUROS, como quiera que desde la terminación del contrato con IMPULSANDO S.A. el 25 de octubre de 2010, hasta la iniciación del presenta asunto judicial (30 de marzo de 2015), nunca se pretendió la cobertura de las acreencias a las citadas aseguradoras y por parte de la demandante, ni e COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP como asegurada, desde que tuvo lugar el reclamo administrativo (21 de octubre de 2013) y hasta su vinculación al asunto judicial con proveído del 26 de abril de 2017 (folio 292).

Concluyendo en la confirmación del fallo de primera instancia.

#### **COSTAS.**

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo del apelante, dado el resultado de la alzada, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000. Líquidense en primera instancia.

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GRACIELA SANTOS GÓMEZ** contra **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP Y OTROS**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la apelante, fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000, liquidense en primera instancia.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE **FULVIO BUITRAGO TORRES** CONTRA  
**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES  
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

### A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

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

**DEMANDA:** El señor **FULVIO BUITRAGO TORRES** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad de la afiliación o traslado adelantado a través de PORVENIR S.A., el 27 de enero de 1995 y, consecuentemente, se ordene el ingreso automático al régimen de prima media con prestación definida con efectos desde el 27 de enero de 1995, debiendo la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, indexación, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados hasta la fecha de realización del traslado, costas y agencias en derecho (folio 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 18 de septiembre de 1956, encontrándose afiliado al Seguro Social desde marzo de 1982 en calidad de cotizante y, que para el 27 de enero de 1995 con pago de aportes desde febrero de esa anualidad, se trasladó a la administradora Porvenir S.A., pero sin que fueran detalladas las advertencias económicas ante la falta de asesoría y pronunciamiento claro, expreso y escrito referente a las ventajas y desventajas de cada régimen conforme a la Ley 100 de 1993, la edad mínima, el capital necesario, ingreso mensual para pensión anticipada, la reducción al 53% en la cuantía pensional. Precisa que el 12 de abril de 2018 solicitó a



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PORVENIR la historia laboral consolidada, donde registra 1.848 semanas es decir mas de las necesarias para el acceso a la prestación en el RPM; que petitionó una proyección pensional la cual fue emitida el 22 de marzo de 2018, la cual demuestra una gran diferencia entre la mesada a obtener en el RAIS y la que, en su cálculo, correspondería en prima media. Concluye indicando que el traslado no fue libre ni voluntario, por no obtener la plena conciencia y autonomía de las consecuencias que acarrearía el cambio de sistema por la falta de información.

## CONTESTACIÓN

La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el accionante no cumple con las previsiones de la sentencia SU 062 de 2010, más cuando el traslado se realizó en cumplimiento de los requisitos de ley, por no estar en presencia de algún vicio en el consentimiento como error, fuerza o dolo. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 43 a 63.

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado se adelantó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, junto con las instrucciones emanadas de la Superintendencia Financiera de Colombia. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

los denominados prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo e innominada, folio 71 a 78.

## DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de febrero de 2020, resolvió **declarar no probadas** las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, debida información y suficiente información y, prescripción, propuestas por las demandadas; **declarar** que el traslado de FULVIO BUITRAGO TORRES el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por PORVENIR S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; **declarar** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente sin solución de continuidad; **ordenar** a PORVENIR S.A. como actual administradora de fondos de pensiones del demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, traslados de otras AFP todos con sus frutos e intereses, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, sin que haya lugar a deducción o descuento alguno; **ordenar** a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en la historia laboral para la representación de semanas a que haya lugar en ese sistema pensional; **condenar en costas** a las demandadas (medio magnetofónico a folio 123).



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Lo anterior por considerar el *A quo*, que se evidenció una omisión en la entrega de información detallada, adecuada, oportuna y suficiente respecto de las situaciones del demandante, más cuando presentaba una importante densidad de cotizaciones a la fecha de traslado. Agregando que tal carencia se demuestra con el silencio del representante de Porvenir S.A., al no entregar debidamente la información al accionante.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis que aun cuando el deber de información siempre ha existido, lo cierto es que para el año 1995 solo estaba en su primera etapa, circunstancia que impide la realización de exigencias adicionales, cuando legal ni jurisprudencialmente existían; más aun, cuando las sentencias que han avalado el traslado han sido para los afiliados que contaban con expectativas legítimas, debiendo hacerse un estudio bajo la igualdad de supuestos fácticos. Refiere que el formulario de afiliación contenía los lineamientos establecidos normativamente, junto con los datos personales, semanas de cotización al indicar que llevaba 12 años cotizados en el seguro social y que eran más de 150 semanas para ser beneficiario del bono pensional, junto con la anotación de hacerlo de forma libre, voluntaria y sin presiones, ratificado con la permanencia en el traslado entre administradoras y su retorno a Porvenir S.A. En lo atinente a los gastos de administración repara en la orden de devolución, relatando que la misma Ley 100 de 1993 creó y avaló la existencia de dos regímenes pensionales y autorizó los cobros de gastos de administración y seguros que cubrieron al actor, así como rendimientos financieros que solo logra en el RAIS y



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

son notablemente superiores en ese régimen, por lo que de devolverse se avalaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante; peticionando la revocatoria del fallo.

A su turno, **COLPENSIONES** señaló como reparos a la decisión de primera instancia, que el demandante no ostentaba la calidad de beneficiario del régimen de transición y, para la fecha de traslado no cumplía con ninguno de los requisitos pensionales al punto que le faltaban 20 años para acceder a la edad, siendo evidente que carecía de expectativa legítima, por lo que, bien podía construir su derecho en cualquier de los regímenes conforme a sus anhelos. Indica que Porvenir actuó conforme al artículo 102 por no estar excluido el actor del sistema, al tenor del artículo 61 de la Ley 100 de 1993. Agrega que para el año 1995 se exigía informar las características del sistema, pero, este derecho, se encontraba perfeccionando y aquella asesoría pudo existir como lo ratifica la firma del formulario, máxime cuando es deber de los ciudadanos conocer las leyes de carácter público y, en especial, cuando es de intereses particular del reclamante. Concluye reseñando en que debe absolverse por costas procesales, en la medida que la oposición se presentó ante la prohibición de recibir al demandante por faltarle menos de 10 años.

## **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**Parte demandante:** Este extremo peticiona la confirmación del fallo de primera instancia, solicitando se revise bajo la óptica de asuntos



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

análogos decididos por la misma Sala de Decisión. Indica que pese a existir en el proceso el formulario de afiliación suscrito por el señor Buitrago Torres, ello no acredita el deber de información a que se encontraba obligada conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, siendo insuficiente lo demostrado por la AFP porvenir.

**Parte demandada:** La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento con el cambio de régimen, conforme a los artículos 1741, 1598, 1515, 1517 y 1524 del Código Civil, ante la carencia de elementos de convección que permitieran entrever objeto, causa ilícita, o la omisión de algún requisito previsto en la ley. Aduce la veracidad y autenticidad en el traslado, a consecuencia de la selección libre, espontanea y sin presiones, como se evidencia del formulario de afiliación. Advierte la improcedencia en el traslado de los gastos de administración y seguro provisional, atendiendo lo dispuesto por la Superintendencia Financiera y el cumplimiento de las funciones por la compañía aseguradora.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** adujo que el deber de información se encuentra integrado, tanto por la obligación de asesoría y buen consejo que debe suministrar la administradora de pensiones, como por aquella que debe adquirir de manera autónoma el consumidor financiero. Razón por la cual, se encuentra cumplido ese deber legal sumado a que, de la solicitud de afiliación plasmada en el formulario suscrito por el reclamante, se vislumbran los requisitos para el traslado de régimen.

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## CONSIDERACIONES

### RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001 y, atendiendo que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones fue vinculada como litis consorte necesaria a través de proveído del 22 de octubre de 2018<sup>2</sup>, se entiende consumada la reclamación administrativa desde el acto de notificación del citado auto, a saber, desde el 22 de noviembre de 2018 (fl.41).

### PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por las apelantes, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por FULVIO BUITRAGO TORRES al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración y demás emolumentos percibidos por las demandadas.

---

<sup>2</sup> Folios 39 y 40.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del registro civil de nacimiento y documento de identificación del actor (fls.13 y 14), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.15, 18 a 20), certificado emitido por Colpensiones (fls.16), formularios de vinculación (fls.17), proyección pensional efectuada por Porvenir S.A. (fls.21 a 24), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.79 a 101), e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (folio 144).

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 señaló *«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 de 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.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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 indicado, 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, señaló:

*«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.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**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:

*«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, 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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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 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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*

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

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

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

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

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

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

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

*La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.*

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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, 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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».*

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

### **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 29 de marzo de 1982 (folio 15), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 27 de enero de 1995 con efectividad al 1° de febrero de esa anualidad (fls. 17, 80). Seguido a ello, el 28 de febrero de 2011 realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP ING S.A., folio 80, para finalmente, retornar a PORVENIR S.A. el 28 de agosto de 2013 con efectividad del 1° de octubre de ese año (fls.101), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte SIAFP emitido por Asofondos y que reposa a folio 80, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 18 a 20, 81 a 96); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 17.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el demandante, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en indicar la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social estaba por extinguirse por los abundantes problemas financieros, con la pérdida de sus ahorros para la pensión y, solo en ese fondo lograría una pensión con buenos rendimientos y a la misma edad (folio 144).

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Porvenir S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, rendimientos y cubrimiento íntegro de las cotizaciones, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

#### **COSTAS.**

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada, no encontrándose valido el reparo de Colpensiones. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Liquidense en primera instancia.

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

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 21 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

laboral seguido por **FULVIO BUITRAGO TORRES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Liquídense en primera instancia.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara Voto*

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MIREYA RODRIGUEZ LADINO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FULVIO BUITRAGO TORRES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 1720180054501)**

**M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto 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 ibídem, por tanto, 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, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JAVIER ESPITIA VÁSQUEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS Y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Lida Vannesa Berreto Santamaría** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.013.637.319 de Bogotá y tarjeta profesional 280.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

## SENTENCIA

**DEMANDA:** El señor **JAVIER ESPITIA VÁSQUEZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A, y las que se dieron con posterioridad a dicho traslado; en consecuencia, solicita se condene a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; igualmente solicita, se condene a Colpensiones a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar la historia laboral de la afiliada; condenar a las AFP a lo que resulte probado *ultra y extra petita*; las costas y agencias en derecho. (fl. 5 y 6 del expediente digital).



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 10 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 15 de julio de 1964; que se afilió al otrora Instituto de los Seguros Sociales el 12 de julio de 1982; que en el mes de julio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., que en el mes de diciembre de 1996, realizó un traslado horizontal entre administradoras, esta vez a la AFP Colfondos S.A; que en el mes de enero del 2001, se vinculó a pensiones con Skandia S.A., hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A; que para el mes de mayo de 2010, se trasladó nuevamente de AFP esta vez para retornar a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A; que para el momento del traslado de régimen pensional, Provenir S.A, no le informó las implicaciones propias de dicho traslado; que la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado no le realizó un comparativo de los distintos escenarios pensionales; aspectos que fueron reiterativos en los demás fondos pensionales a los que se afilió con posterioridad; que solicitó ante las AFP Old Mutual S.A., Porvenir S.A., y Colfondos S.A., la nulidad de la afiliación, sin que dichas solicitudes fueran despachadas favorablemente; que mediante comunicado de 22 de marzo de 2018, Colfondos S.A, le comunicó que al cumplir los requisitos para acceder al derecho pensional, su mesada pensional ascendería a la suma de \$3'102.024; que mediante estudio financiero se determinó que la mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería de \$12'997.039; que petitionó de Colpensiones la anulación del traslado, la cual fue negada por dicha entidad.

**CONTESTACIÓN:** la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis, que la entidad se encuentra sujeta a las enseñanzas vertidas por la H. Corte Constitucional, por lo que el demandante podría trasladarse entre regímenes en cualquier tiempo,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

siempre que fuese beneficiario del régimen de transición, aspecto que no ocurre en el sub examine, sumó a ello, que el promotor del juicio se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 158 a 188).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda que fueran formuladas en su contra, al considerar en esencia, que al momento de la afiliación el actuar de la AFP estuvo sujeta a las previsiones legales y a las exigencias previstas por el ente de control en la materia, así mismo, señaló que la parte demandante en suscribió el negocio jurídico de forma libre y voluntaria, sumó a ello, que en el presente asunto no se configura causal de nulidad alguna que vicie el acto jurídico celebrado entre las partes. **Excepciones:** Expresó como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación de la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nadie puede ir contra sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica o innominada. (fl. 218 a 239).



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Por su parte, la **SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, al descorrer el traslado de la demanda formuló su oposición a las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, al considerar, en esencia, que la nulidad alegada por la parte demandante no puede ser otra que la relativa, en tanto en el presente asunto no se cumplen los presupuestos necesarios para alegar una nulidad absoluta, sumó a ello, que el traslado entre administradoras del RAIS no afecta el derecho pensional del accionante. Excepciones: Propuso como medios exceptivos los de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fl. 249 a 269).

Por último, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, que la afiliación del actor al RAIS fue el producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se desprende del formulario de afiliación suscrito por el demandante, así mismo, que en el presente asunto no se acreditó irregularidad alguna que pueda viciar el acto jurídico de vinculación, sumó a lo anterior, que en el sub examine no se configuraron las causales de nulidad que contempla el Código Civil. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fl. 363 a 393).

### **DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1° de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado administrado por la AFP Porvenir S.A, y en las que se



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

produjeron con posterioridad con los fondos de pensiones Colfondos S.A., y Old Mutual Pensiones y Cesantías .S.A; **ordenar** a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el accionante, dineros que deben incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de dichos dineros a Colpensiones; **ordenar** a los fondos Porvenir S.A., y Skandia a devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades causados durante el tiempo que el demandante duró vinculado a cada una de las AFP; **Ordenar** a Colpensiones a recibir al actor, sin solución de continuidad, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por las accionadas; **condenar** en costas a los fondos privados demandados. (fl. archivo magnetofónico adjunto al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que, del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal, de informar al demandante, las circunstancias particulares del traslado de régimen pensional, 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 parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que en el presente caso resulta necesario tenerse en cuenta la prueba documental acopiada en el expediente contentiva de los correos



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

electrónicos enviados al demandante, ello por cuanto, tal como manifestó por las partes demandadas, aquello son de vital importancia e injerencia en el proceso, toda vez que dicha documental da cuenta de la asesoría que brindó el fondo al actor en torno al régimen pensional seleccionado. Así mismo al momento en que se produjo el traslado, el mismo se efectuó con sujeción a las normas que regulaban la materia. Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, peticionó la revocatoria de la sentencia apelada, por considerar, en síntesis, que en el presente asunto no se alegó y mucho menos se probó alguna de las causales previstas en la legislación para el acaecimiento de la nulidad de los contratos o de los actos jurídicos. Así mismo señala, que se está efectuando una mixtura entre normas del derecho civil y normas de la seguridad social, en tanto para declarar la ineficacia de esta vinculación se acude al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, normativa que en manera alguna establece las consecuencias jurídicas que se están predicando, como lo es que vuelvan las cosas a su estado original, y lo que conlleva a dar aplicación al artículo 1746 del C.C., sumó a ello, que existen contradicciones en la declaración de parte que rindió el actor, pues al cuestionársele sobre los correos que le fueran remitidos por la AFP, aquel manifestó no conocerlos, posteriormente afirmó que sí le llegaron pero que no los vio, así mismo, no fue conteste respecto al incremento abrupto que sufrieron las cotizaciones a pensión, sin miramiento alguno respecto a la documental que milita a folio 32 del expediente, en la que se advierte que el salario del accionante era de 3´000.000, aspecto que demuestra la mala fe de aquel. Por último, señala que no es posible que se le imponga al fondo pensional cargas distintas a las que había para el momento en el que suscribió la vinculación con el demandante y mucho menos que se imparta condena por concepto de gastos de administración, como quiera que sobre aquellos dineros ya operó el fenómeno extintivo de la prescripción.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

Por su parte, **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** formulo recurso de apelación en lo que atañe a las condenas por concepto de gastos de administración y costas procesales, por cuanto a su sentir, los gastos de administración se encuentran regulados en la Ley 100 de 1993, y el actor se vio beneficiados de los rendimientos que por dicho concepto recibió, lo que de contera llevaría a que aquel devolviera los dineros producto de la inversión en dichos gastos. En lo atinente a la condena en costas y agencias en derecho, afirma su oposición por cuanto no fue este fondo el que intervino en el acto de traslado de régimen.

En la oportunidad procesal concedida por el juez de primera instancia, intervino el **DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO**, el cual censuró la decisión adoptada al considerar, en síntesis, que no se discute que existe decantada jurisprudencia de emanada de la Corte Suprema de Justicia en torno al deber de información a cargo de las AFP, sin embargo, conforme a los previsto en los artículos 60 y 61 del C.P.T., y de la S.S., las pruebas deben analizarse en su conjunto, y es en este punto, que resulta preciso indicar que en el interrogatorio de parte el demandante fue enfático en afirmar que fue engañado al informársele que el Instituto de los Seguros Sociales estaba en quiebra, que era una entidad caduca y que por lo tanto su expectativa pensional podía correr peligro, pese a ello, esa información inicial se mantuvo por 16 años, por lo que si esta era la razón en que se fundó el engaño del que fue víctima el actor, no resulta aceptable acoger dicha premisa pues la misma fue subsanada. Así mismo, se advierte que el deber de información se cumplió, pues de la documental que reposa en el plenario, se advierte la remisión de correos electrónicos por parte de la AFP tendientes a comunicar la situación del actor. Por último, señala que debe examinarse el salto abrupto en las cotizaciones del actor, precisamente dentro de los 10 últimos años previos a cumplir los requisitos para



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

acceder a la prestación pensional, lo que permite evidenciar el conocimiento de aquel respecto a las condiciones particulares del régimen pensional.

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

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

**Parte demandante:** Este extremo procesal guardó silencio.

**Parte demandada:** En la oportunidad procesal, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, solicitó la revocatoria de la sentencia, al considerar, en síntesis, que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en tanto dicha actuación contó con el consentimiento de la parte actora y estuvo ampara bajo las previsiones normativas que regulaban la materia al momento de la suscripción del formulario de afiliación, suma a ello, que al interior del proceso no se probó vicio alguno en el consentimiento que llevara a la anulación o la ineficacia del traslado. Por último, señala, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición que le permita el traslado entre regímenes en cualquier tiempo.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, persigue la revocatoria de la sentencia apelada, y para tal efecto sostiene, que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento en el acto jurídico de cambio de régimen, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz, así mismo señala, que a la demandante se le garantizó el derecho de retracto, el cual no fue utilizado en la oportunidad por la afiliada, suma a ello, que no resulta jurídicamente posible imponerle a la AFP cargas distintas a las existentes a la fecha de celebración del acto jurídico. Por último, señala que, en el hipotético caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, no resulta procedente la devolución de dinero por concepto de gastos de administración, pues los mismo se encuentran contempladas en la Ley 100 de 1993.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 83 a 85 del informativo.

### **PROBLEMA JURIDICO**

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

invocados por las demandadas en los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por JAVIER ESPITIA VÁSQUEZ al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y el posterior realizado a las AFP COLFONDOS S.A., Y SKANDIA S.A.

En igual sentido, determinar si en el presente asunto hay lugar a condenar en costas a la demandada Colfondos S.A.

### **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 32); formulario de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 396); formulario de afiliación a Colfondos S.A. (fl.35 y 242); formulario de afiliación a Skandia (fl. 35 y 270); solicitud de nulidad de afiliación formulada a Porvenir S.A. (fl. 36 a 38); derecho de petición formulado ante Porvenir S.A. (fl. 39 a 44); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl 45 a 49); solicitud de nulidad de afiliación formulada a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fl. 50 a 52); derecho de petición formulado ante Old Mutual (fl. 53 a 58); respuesta emitida por Old Mutual (fl. 39 a 64); solicitud de nulidad de afiliación formulada a Colfondos S.A. (fl. 65 a 67); derecho de petición elevado ante Colfondos .S.A (fl. 68 a 73); respuesta emitida por Colfondos S.A. (fl . 74 a 82); reclamación administrativa (fl. 83 a 85); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 91 y 92); historia laboral emitida por Colpensiones



República de Colombia  
 Tribunal Superior de Bogotá  
 Sala Laboral

(fl. 95 y 96); histórico de aportes emitido por Colfondos S.A. (fl. 97 a 102); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 103 a 109); correos electrónicos remitidos por la AFP Colfondos al actor (fl. 110 a 112); análisis jurídico y financiero pensional (fl. 113 a 115); histórico de vinculaciones emitido por Colfondos S.A. (fl. 240); certificación emitida por Colfondos .S.A. (fl. 241); certificación de no declarante (fl. 245 y 246); declaración de ingresos percibidos mensualmente (fl. 247 y 248); certificación emitida por Old Mutual S.A. (fl. 271); estado de cuenta emitido por Old Mutual S.A. (fl. 272 a 278); comunicados de prensa (fl. 387 a 399).

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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.*



República de Colombia  
 Tribunal Superior de Bogotá  
 Sala Laboral

*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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

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

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

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

*Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía*



República de Colombia  
 Tribunal Superior de Bogotá  
 Sala Laboral

*observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-*



República de Colombia  
 Tribunal Superior de Bogotá  
 Sala Laboral

*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 desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».*

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

## **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de noviembre de 1986, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 15 de junio de 1994 (fl. 393), seguido a ello, el 13 de noviembre de 1996, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP Colfondos S.A., tal como se desprende del formulario de afiliación visto a folio 242 del expediente, a continuación el 14 de diciembre del 2000, se trasladó a la AFP esta vez al Fondo de Pensiones y Cesantías Skandia hoy Old Mutual S.A., tal como se advierte de la documental vista a folio 270 de las diligencias,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

por último, efectuó un nuevo traslado entre AFP, retornando a Colfondos S.A., el 29 de marzo de 2010, tal como se advierte del formulario visto a folio 243 del informativo, AFP esta última, a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 393).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, contrario a lo afirmado por las apelantes, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«La empresa en ese momento comunicaba que venía un fondo de pensiones como tal a dar esa charla, sí, ahora bien, ¿qué sucedió en esa charla como tal? Primero que todo pues hay unos asesores y demás, yo no recuerdo cuantos eran, no era uno sólo, eran varios, había una señora, sí, y nos comentaban verdaderamente varias cosas. El asunto básicamente era que el Seguro Social pues era una entidad que ya básicamente había cumplido su tiempo que está ahí en crisis y que esto básicamente iba a colapsar, y que lógicamente todos los dineros que teníamos nosotros allí o sea que la empresa como tal había enviado a la seguridad social y demás, se corría el riesgo que todo esto se perdiera, cierto, o básicamente que eso se iba a perder cierto, entonces que cuando ese fondo como tal o de la seguridad social como se llamara esto, colapsara como tal, ese dinero se iba a perder, cierto, y al perderse ese dinero pues lógicamente usted quedaba sin ningún tipo de seguridad, si su pensión como tal, cierto. Entonces ellos traían como alternativa como tal el trasladar todos esos dineros y demás a tiempo, para un fondo como tal nuevo que*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*era este fondo de Porvenir...»*, argumento que no fue el único que expuso como motivo de engaño, pues fue constante en señalar que también se le informó que su mesada pensional sería mejor o al menos igual en el fondo privado que aquella que percibiría en el RPM. (archivo magnetofónico adjunto al expediente digital).

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

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

En este punto, preciso resulta para la Sala hacer énfasis, en que sin perjuicio de la información que le fuera remitida al accionante por parte de Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, (correos electrónicos contentivos de información para el traslado oportuno al RPM) de la cual las apelantes alegan constituyen plena prueba del cumplimiento del



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

requisito del deber de información que les compete, la misma no contiene la fuerza necesaria para desvirtuar, que al momento del traslado, (acto del que se examina la eficacia) al actor se le haya brindado la información en las condiciones de profesionalismo que ya se han expuesto en líneas anteriores, por lo que, es la información que se le suministró al demandante al momento del traslado y no después de aquel, la que debió brindarse de la forma que la legislación y la jurisprudencia han dispuesto para tal efecto.

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

De otro lado, tampoco es de recibo la cesura que se formula entorno al a intención del actor de incrementar presuntamente con dolo las cotizaciones que efectuó al Sistema General de Seguridad Social en Pensión con el propósito de incrementar su mesada pensional, pues al respecto, debe tenerse claro, que lo que aquí se discute es la eficacia del acto de traslado, mas no el monto en que se le deberá reconocer el derecho pensional ni las normas que se le aplicaran al mismo.

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de las recurrentes Porvenir S.A. y Colfondos .S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto.

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*



República de Colombia  
 Tribunal Superior de Bogotá  
 Sala Laboral

*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 apelantes al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que surge el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

## **DE LAS COSTAS**

El apoderado judicial de la convocada a juicio AFP Colfondos S.A., se duele de la imposición de costas a cargo de su representada, al considerar que no es dable la aplicación de dicha condena, pues a su sentir, no fue la administradora que efectuó el traslado inicial de régimen pensional.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

Así, considera la Sala que no le asiste razón a la parte demandada al reprochar la condena en costas en cabeza suya, pues como se indicó en precedencia, la parte demandante debió acudir a la jurisdicción en procura de sus derechos, haciéndose necesario de su parte un esfuerzo tanto económico como profesional; razón por la cual, la compensación a dicho esfuerzo y desgaste es la consecuente condena en costas a



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

cargo de quien dio lugar al *litis*; en esa medida, se confirma la resuelto por el *a quo* frente a esta condena.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

## R E S U E L V E

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 1° de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JAVIER ESPITIA VÁSQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.**, **PENSIONES Y CESANTÍAS** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

S.A., la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara Voto*

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ROSA VIRGINIA TIBADUIZA MURILLO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

---

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

En Bogotá D.C, a los quince (15) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

---

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## SENTENCIA

**DEMANDA:** La señora **ROSA VIRGINIA TIBADUIZA MURILLO** a través de apoderado judicial, persigue la nulidad del traslado de régimen adelantado al de ahorro individual, por inducción en error de hecho; como consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver las sumas de dinero que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como aportes o bonos pensionales, desde que se perfeccionó la afiliación y hasta que cesó la obligación, junto con los frutos e intereses; así como condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, los valores de la cuenta de ahorro individual, sin descontar los dineros cancelado o llegare a hacer por mesadas pensiones; costas y agencias en derecho (folios 4 y 5 del archivo “11001310500520180048900.pdf” – Exp. Digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 de las diligencias<sup>2</sup>, que en síntesis advierten que el 12 de febrero de 1988 se afilió al Instituto de Seguros Sociales - I.S.S donde cotizó un total de 443,14 semanas, permaneciendo hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual por afiliación a PORVENIR S.A., la cual acaeció el 17 de julio de 2000 ante el ofrecimiento de ventajas financieras por la asesora Hermelinda Vanegas, como rendimientos económicos y la posible eliminación del fondo público; pero sin recibir de forma escrita o verbal datos necesarios, suficientes y claros sobre los elementos para el disfrute de la pensión, monto de la misma y de las condiciones de la afiliación; al punto que el monto de los saldos ahorrados en el régimen de ahorro individual, no le permiten disfrutar un derecho pensional con un salario digno. Precisa que el 29 de mayo de 2018 la

---

<sup>2</sup> Conforme al archivo “11001310500520180048900.pdf” – Exp. Digital.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

demandada Porvenir S.A. le informó que obtendría una mesada pensional en suma de \$781.242, tanto para la edad de 58 años como para los 62 años, y sin informar el valor en Colpensiones. Concluye resaltando que se encuentra actualmente vinculada a PORVENIR S.A.

## CONTESTACIÓN

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, por considerar que no existe prueba de los vicios del consentimiento en cuanto a error, fuerza o dolor; aunado a incumplir los presupuestos de la sentencia SU 062 de 2010. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada y las que se prueben en el curso del litigio, folios 60 a 70 del expediente digital.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al puntualizar que la reclamante de forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios, suscribió el formulario de afiliación con conocimiento real acerca del acto jurídico que desplegaba y, sin presión por ningún asesor. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y las que se prueben, folios 114 a 125.

En su intervención, el **MINISTERIO PÚBLICO** adujo la procedencia de la nulidad del traslado reclamada por la accionante, al vislumbrarse la falta de diligencia por la AFP en brindar una



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

información que permitiera tomar la decisión más idónea para sus intereses. Precisa la ausencia de fundamentos para declarar probada la excepción de prescripción, en atención a la sentencia SL 1470 - 2018 (folios 74 a 78).

## **DECISIÓN**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la TIBADUIZA MURILLO a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; **ordenar** a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir a la demandante junto con los aportes, procediendo a actualizar su historia laboral; **declarar no probadas** las excepciones propuestas y, **condenar en costas** a Porvenir S.A. (archivo de audio y video – *expediente digital*).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente ni aun del interrogatorio de parte de la demandante, la entrega de información íntegra y veraz respecto de las implicaciones del traslado; existiendo una obligación legal a cargo de la misma estipulada aun desde la primera etapa.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada contra la anterior



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que no se vislumbró error que viciara el consentimiento, al manifestar la accionante en el interrogatorio que la movilidad fue libre y voluntaria, como se detalla en el formulario de afiliación, con el cual aceptó las condiciones de que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; más aún, al estar inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Resalta que, al no hacer parte del negocio jurídico, no es plausible conforme el artículo 1602 del Código Civil endilgarle responsabilidad. Repara que la motivación para el retorno fue la situación pensional de sus compañeros de trabajo y no la de aquella, preocupándose por su futuro hasta que se vio próxima a cumplir la edad, agregando que, en virtud de la carga dinámica de la prueba, la falta de información debió ser demostrada por la parte que la alega ante la falta de expectativa legítima. Indica que contrario a lo referido por el Juez de conocimiento, no se está frente a un error de hecho sino de derecho, considerando que la demandante pudo haberse informado sobre las ventajas, desventajas, beneficios, condiciones de cada régimen verificables en la Ley 100 de 1993, por lo cual, no es aceptable que se invoque el desconocimiento del derecho. Concluye aduciendo la afectación de la sostenibilidad financiera reglada en el artículo 48 de la Constitución Nacional y analizada por la Corte Constitucional en sentencia C- 1024 de 2004.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** manifestó su desconcierto con el fallo emitido, al anunciar en síntesis que no resulta acertado sustentarse en las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, sin atender que distan fácticamente al caso particular, en la medida que aquellos eran beneficiarios del régimen de transición. Que contrario a lo sostenido por el Juez de conocimiento no se vulneró el deber de información, pues este derecho ha evolucionado en diferentes etapas y, para el momento del traslado, el deber en cabeza de la AFP era informarle al afiliado si se encontraba en una



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

situación especial, presupuesto no aplicable al caso. Respecto al Decreto 720 de 1994 no puede asumirse que no se le brindó información a la afiliada, toda vez que el formulario presentado por la demandada prueba claramente la intención y la voluntad de traslado de régimen, sin que debe titularse como pre formato, máxime cuando, en el interrogatorio de parte confesó que había recibido asesoría e información, no siendo de recibo que se concluya negligencia por la AFP. Finaliza indicando que no es sostenible considerar que el traslado de régimen haya dado lugar a un error de hecho, pues el objeto de los regímenes igualmente es cubrir las contingencias por invalidez, vejez o muerte conforme a las modalidades descritas en la Ley 100 de 1993.

## **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**Parte demandante:** Este extremo peticiona la confirmación del fallo de primera instancia, resaltando que no son suficientes los contraargumentos planteados contra la decisión de primera instancia, al resultar insuficiente el material probatorio para demostrar el cumplimiento del deber de información, conforme a la inversión de la carga de la prueba.

**Parte demandada:** La convocada **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que no se probaron las causales previstas en el artículo 1741 y 1598 del Código Civil, concernientes a los vicios del consentimiento. Aduce la autenticidad del formulario de afiliación, presumiéndose la



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

veracidad en la declaración impuesta y la selección de régimen de manera libre, espontánea y sin presiones. Precisa que no debe ordenarse la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b, del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, al no encontrarse destinadas para financiar la prestación de la afiliada; así como no debe impartirse orden referente a gastos de administración, conforme lo indico la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020.

A su turno, **COLPENSIONES** persigue se revoque la sentencia de primer grado aduciendo que no se probó vicio en el consentimiento que invalide el traslado de la activa, en atención a que el acto emana de una determinación voluntaria, ratificada con la permanencia en el RAIS por mas de 15 años. Informa la imposibilidad de recibir al afiliado, por configurarse la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y la posible descapitalización del sistema. Concluye indicando que le correspondía a la demandante demostrar el hecho alegado, conforme al art. 167 del CGP.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, no se advierte del material probatorio integrado a las diligencias la ejecución de este presupuesto por el extremo convocante; empero, ante la carencia de medio exceptivo previó que



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

condujera a la afectación del asunto judicial por la carencia de reclamación administrativa, la misma se concebirá suplida con el acto de notificación de la acción jurisdiccional a Colpensiones, militante a folio 59.

### **PROBLEMA JURIDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones y Porvenir S.A., junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor del primero, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ROSA VIRGINIA TIBADUIZA MURILLO al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

### **NULIDAD DEL TRASLADO**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente<sup>3</sup>, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.25 a 30, 33 a 45), certificado emitido por Colpensiones (fls.31), formulario de afiliación (fls.32), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.126 a 178, 182 y 183), proyección pensional (fls.199 a 207) e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (*Exp. Digital* - archivo de audio y video).

<sup>3</sup> La relación de pruebas documentales corresponde al archivo "11001310500520180048900.pdf" - Exp. Digital.



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 señaló *«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 de 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 indicado, 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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

*«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:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, 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 bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

«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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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 definitivos 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*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*

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

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

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

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

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

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

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

*De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes 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 y 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, costos, 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 y 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, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 y Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 y 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.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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),*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

*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 desfavor de los consumidores financieros.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*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 desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».*

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **TEORIA DEL CASO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de febrero de 1988 (folio 25), para luego trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., el 17 de julio de 2000 con efectividad al 1° de septiembre de esa anualidad (fls. 32, 126 y 127). Administradora donde se encuentra actualmente vinculada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 33 a 45, 130 a 173); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folios 32 y 126.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la demandante, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en indicar la ausencia de asesoría por el representante de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; quien se limitó a informar la posible extinción del Instituto de Seguro Social y la obtención de una mejor prestación en el RAIS, con la probabilidad de pensionarse antes de tiempo pero sin



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

comentarle modalidades de pensión, aportes voluntarios o devolución de aportes.

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

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

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

Ahora, atendiendo la ausencia de disposición respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión adiciona el proveído de primer grado en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

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

*«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*

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

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

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

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

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

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, en estudio del asunto en grado jurisdiccional de consulta.

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

## **COSTAS.**

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

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

**PRIMERO: ADICIONAR** el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 26 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

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

**TERCERO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del grado jurisdiccional de consulta.

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

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

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
MAGISTRADO.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

*Aclara Voto*

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