



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **OLGA CECILIA ROJAS ORTIZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Michael Cortazar Camelo** identificado con

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 de Bogotá y tarjeta profesional 289.256 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Dannia Vanessa Yusselky Navarro Rosas.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **OLGA CECILIA ROJAS ORTIZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare nulo o invalido el traslado adelantado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero de 2000, ante la falta de información; como consecuencia de lo anterior, ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar los ahorros y rendimientos financieros obrantes en la cuenta individual de la accionante, junto con la información que detalle las semanas cotizadas, con destino a COLPENSIONES; costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria persigue la ineficacia del traslado del régimen pensional, con la restitución y reintegro automático al régimen de prima media con prestación definida (folio 7 y 8).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 8 a 10 de las diligencias, manifestando en síntesis que nació el 8 de julio de 1960 e inició su vida laboral en febrero de 1982, efectuando cotizaciones al entonces Instituto de Seguros Sociales; refiere que suscribió solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero del año 2000 pero, como lo anotó en la declaración extra proceso rendido el 25 de julio de 2009, tal acto derivó de las acotaciones realizadas respecto al detrimento de ISS, la pérdida de los aportes, la concesión de una mesada superior sin importar la edad o las semanas de cotización y,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sin que refiriera las ventajas, características, riesgos o consecuencias de cada régimen. Aduce que elevó solicitud de nulidad y/o ineficacia de la afiliación ante las demandadas y la Superintendencia Financiera de Colombia, última que adujo la ausencia de facultades para el reconocimiento o negativa de derechos y, en lo que atañe a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, advirtieron la improcedencia en el reclamo. Concluye manifestando que atendiendo el saldo obrante en la cuenta individual y lo comunicado por la AFP privada en misiva del 5 de julio de 2019, la mesada pensional ascendería a \$828.116 y, según el cálculo realizado por la demandante, en el RPM correspondería a \$2.742.923.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, sin que obre dentro del acervo probatorio documento que acredite vicio en el consentimiento; agregando que, si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la asesoría, al realizarse el traslado se denota que lo fue por la información brindada. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados presunción de legalidad de los actos jurídicos, prescripción, buena fe, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación de la afiliación, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen, falta de legitimación de la causa por pasiva y, las que se prueben en el curso del litigio, folios 117 a 137.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** manifestando que su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la afiliación se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realizó de manera libre y voluntaria, sin que obre constancia de situaciones anómalas o algún constreñimiento, en la medida que los asesores fueron diligentes en brindar información verbal respecto de las diferencias entre el RPM y el RAIS. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción y genérica, folio 155 a 161.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., el 15 de febrero de 2000 con efectividad a partir del 1° de abril de la misma anualidad; **condenar** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de OLGA CECILIA ROJAS ORTIZ por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados; **ordenar** a COLPENSIONES recibir el traslado de los dineros que efectúe PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiere trasladado, y así mismo actualizar la información de la historia laboral; **declarar** no probada la excepción de prescripción y, **condenar en costas** a las demandadas. (CD folio 178).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior por considerar el *A quo* que, de las pruebas incorporadas no se logra evidenciar la entrega de una información objetiva, comparada y transparente acerca de ambos regímenes pensionales para la época del traslado, en la medida que las posteriores re asesorías no convalidan el vicio generado para el año 2000, momento en el cual ya se encontraba la obligación de brindar una información completa, veraz y oportuna. Resaltó que al estar en presencia ante una negación indefinida, la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la AFP demandada, sin que ello fuera cumplido.

RECURSO DE APELACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada **contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que no comparte los criterios jurisprudenciales esbozados por el Juez de conocimiento, en la medida que no se realizó un análisis de fondo acorde con las particularidades del caso, las cuales lograron demostrar en el interrogatorio de parte de la demandante, el conocimiento específico del sistema, la manifestación de la voluntad dentro de una actividad comercial de una profesional, el conocimiento de una ciencia económica y de las AFP, sumado a que debía prestarse cuidado respecto de aquel deber de autotutela, que implica la indagación de lo perseguido, pero sin que se realizara. Reclama la falta de acierto en el traslado de la prueba, el que no debe tenerse en cuenta por un solo término a literalidad de una norma, sino que aquella debe atender lo dispuesto por las sentencias de la Corte Constitucional y no limitarse a referir que se está ante una parte débil de la relación, pues bajo ese escenario resulta indefendible la AFP. Peticiona se estudie el reclamo bajo el principio de la sostenibilidad financiera, el que no se resguarda por la simple existencia de diferentes sistemas pensionales, sino que, como se denota de la exposición de motivos del acto legislativo, debe adelantarse bajo el análisis del derecho a la seguridad social de todos aquellos que realizaron cotizaciones en el RPM en aras de obtener una pensión y, no generarse un detrimento con el actual traslado de la demandante en consideración a que los montos recibidos inicialmente son completamente diferentes a los que se van a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

recepcionar. Finaliza presentando reparo respecto a las costas procesales, manifestando que pese a las facultades con que cuenta el Juez de primera instancia, de lo propio era constatar que esa administradora no tuvo injerencia en el acto del traslado y tampoco podría contestar la demanda allanándose a las pretensiones, pues ello no solo iría en contra de la ley sino que podría constituir un prevaricato por acción; agregando que debía presumirse la buena fe de los asesores de la AFP.

A su turno, la **ADMINISTRADOR DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación parcial en lo atinente a la devolución de gastos de administración, aduciendo para el efecto, que tal disposición va en contravía de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, que es su redacción avaló tales montos para realizar la administración de los recursos obrante en la cuenta individual; lo cual desconoce el principio de igualdad entre las partes al conceder también los rendimientos financieros y, olvida la gestión profesional realizada para que los fondos crecieran exponencialmente. Circunstancia que afecta a la demandada y genera un enriquecimiento sin justa causa, pues fue por la labor del fondo que se generaron frutos y rendimientos, máxime cuando tuvieron que sufragar gastos y honorarios de los funcionarios encargados para tal labor. Resalta que una parte de los gastos de administración se encuentra dirigida para seguros previsionales, los cuales cubren todas las eventualidades que se pudieran generar con ocasión a una invalidez o muerte y, que solo por su pago, garantizaría el monto económico correspondiente.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Parte demandante: Reclama la confirmación del fallo de primera instancia, ante la ausencia de prueba en la entrega de información suficiente y transparente acerca de las derivaciones del traslado del régimen; al limitarse en señalar la desaparición del régimen de prima media.

Parte demandada: La convocada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó la modificación de fallo en lo concerniente a la devolución de gastos de administración y pago de pólizas de seguros previsionales, aduciendo que su descuento lo fue bajo el mandato del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Sumado al desconocimiento del principio de igualdad y al trabajo adelantado por el fondo, sin el cual no se hubieran generado frutos o rendimientos; a la par de que se presentaría un enriquecimiento sin justa causa por COLPENSIONES.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria integra del fallo del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que la demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 por contar 59 años a la fecha de radicación de la acción. Infiere en el conocimiento del RAIS por la demandante, derivado del tiempo de permanencia en esta y, en la falta de expectativa legítima en un beneficio prestacional, como único criterio que permitiría el retorno en atención a la sostenibilidad financiera.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

712 de 2001, se advierte la realización en debida forma el 9 de agosto de 2019, folio 43 de las diligencias.

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 los 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 OLGA CECILIA ROJAS ORTIZ al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN 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 (fls. 31), formulario de afiliación (fls. 32), reclamaciones administrativas y su respuesta (folios 33 a 52), documento titulado bono pensional (folios 53 y 54), historia laboral y reporte de semanas cotizadas (folios 55 a 76), expedientes administrativos obrantes en las demandadas (folios 138 a 143, 162 a 176) e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (medio magnetofónico folio 178).

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 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

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

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de septiembre de 1982 (folio 140), para luego trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero de 2000, con efectividad al 1° de abril de esa anualidad (folio 33, 162 y 176), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

subsistema de seguridad social en pensiones como da cuenta los folios 56 a 72 y 168 a 174; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PROTECCIÓN 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 33 y 162.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de PROTECCIÓN S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se encontraba en malas condiciones e iba a desaparecer; siendo solo en ese fondo, que lograría una pensión antes de la edad y de las semanas cotizadas, con la generación de intereses; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual, al punto que no le informaron aspectos básicos de ese sistema como aportes voluntarios, beneficiarios y que ocurriría de no lograr pensionarse, en términos de devolución (CD a folio 178).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inducción en error a la accionante por la AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 el reparo elevado por la profesional del derecho de la administradora del régimen de ahorro individual, respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no encuentra yerro en la disposición impartida por el Juez de primera instancia, 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...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, no obstante, al evidenciarse la ausencia de disposición al respecto en la parte resolutive del fallo, pese a constatarse que en la parte motiva se relató la obligación de devolución íntegra de las sumas recaudadas es que este Juez colegiado a fin de mejor proveer, adicionara en lo pertinente la determinación del *A quo*.

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, sin que salga avante el reparo invocado por COLPENSIONES. En esta segunda instancia las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una, líquidense en primera instancia.



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 Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 22 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 las costas lo estarán a cargo de las apelantes, para tal efecto 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 le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Votó

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Diana Marcela Camacho Fernández

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 **ANDREA MURCIA GARZON** CONTRA **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ROGER JOAN MARTINEZ VERGARA** identificada con cedula de ciudadanía No. 80.181.184 de Bogotá y tarjeta profesional 215.310 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la parte demandante, por sustitución concedida por la Dra. Anyi Carolina Cortes Murcia.

¹ «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

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

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ANDREA MURCIA GARZON** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD**, que inicio el 1° de agosto de 2007 y finalizó el 23 de febrero de 2016 cuando presentaba un estado de debilidad manifiesta por salud; como consecuencia de lo anterior, se condene al reintegro inmediato y definitivo en un cargo acorde con sus condiciones físicas y recomendaciones médicas, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el momento de la terminación y hasta que retorne a sus funciones; así como al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los perjuicios por daños materiales, morales, pérdida de la oportunidad y vida de relación, intereses legales, indexación, costas y agencias en derecho, folios 48 y 49.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 47 y 48 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** el 1° de agosto de 2007 para desempeñar el cargo de profesional de calidad y de procesos, devengando una remuneración integral en suma de \$9'166.200; nexa que perduró hasta el 23 de febrero de 2016, cuando fue desvinculada de manera unilateral y sin justa causa mientras se encontraba afectada en su salud por el diagnóstico de artrosis bilateral de cadera. Aduce que la patología le permitió trabajar de acuerdo a sus funciones y profesionalismo, sin tener falla durante los ocho años y seis meses que perteneció a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

demandada; que su quebranto era conocido por el patronal, al ser sometida a una operación de OSTEOTOMÍA VALGIZANTE EN CADERA IZQUIERDA el 18 de junio de 2015, que generó una incapacidad de 3 meses y una recuperación de año y medio, lo que implicó su traslado en muletas o bastón; sumado a que presentó a la demandada las diversas incapacidades entregadas. Señala que el examen médico realizado por MANSAROVAR el 9 de junio de 2012, dio cuenta de las patologías de hipotiroidismo, lumbago y artrosis de cadera, y el examen de egreso gestado el 25 de febrero de 2016 recomendó el control periódico con el médico tratante. Advierte que la terminación de la relación laboral le generó un perjuicio económico, moral y de salud, en tanto la patología que padece es delicada y requiere de permanente asistencia médica por el dolor intenso que le genera, aunado a ser degenerativo. Concluye mencionando que el cargo que desempeñaba subsiste en la operación de la empresa, a la fecha de presentación de la demanda.

CONTESTACIÓN: La demandada **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la accionante no se encontraba en una situación de debilidad manifiesta, en la medida que para la fecha de terminación del contrato no había sido dictaminada con pérdida de capacidad laboral, no se encontraba incapacitada ni presentaba aquellas de manera prorrogada o recurrente, al punto que ni siquiera tenía restricciones médico laborales. Menciona que, aun con el diagnóstico, tal condición no le impidió ejercer con normalidad sus funciones durante todo el vínculo. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción (folios 74 a 91).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

celebrada el 21 de agosto de 2020, resolvió **declarar** que entre ANDREA MURCIA GARZON y la demandada existió una relación laboral a término indefinido entre el 1° de agosto de 2008 al 24 de febrero de 2016; **absolver** a la pasiva de todas las pretensiones incoadas en su contra y, **sin condena** en costas (CD a folio 137).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que pese a la existencia de la patología que aqueja a la demandante, lo cierto es que aquella no afectó el desarrollo de sus funciones dentro del marco de la relación laboral sostenida con MANSAROVAR LTD. Aunado a no presentar incapacidades o calificación de pérdida de la capacidad laboral para la fecha desvinculación.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis como motivos de reparo, que bajo los precedentes de la H. Corte Constitucional, entre ellos, la sentencia SU 049 de 2017 donde se determinó la prevalencia jurisprudencial de esa Corte por encima de las otras Corporaciones; lo propio es indicar, que la carencia de calificación no elimina el derecho, pues del material incorporado a las diligencias quedó claro que las afecciones en salud de la demandante, permiten el reconocimiento de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; pruebas que, adicionalmente, dan cuenta del paso a paso en el estado de salud de ANDREA MURCIA GARZON y su traslado a la ciudad de Bogotá. Finaliza manifestando que era carga del empleador el probar que la relación terminó por un tema distinto a la discapacidad de la extrabajadora, sin que acaeciera.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, aduciendo para el efecto que la estabilidad laboral reforzada no se limita a aquellos trabajadores que cuenten con calificación de pérdida de capacidad laboral. Agrega que la empresa conocía el estado de salud de la accionante, derivado de la operación quirúrgica que le fue realizada el 18 de junio de 2015, por lo que no puede pretender ahora su carencia de discernimiento. Concluye manifestando, que si bien no se presentaba una incapacidad para el momento del retiro, la señora Murcia Garzón se encontraba saliendo de una lo que conduce a concluir le relación entre el despido y el estado de salud.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se continúe con la decisión de primer grado, en la medida que aquella estabilidad laboral reforzada reclamada no fue demostrada en el juicio; al punto que existió confesión de la demandante al señalar que para la fecha de desvinculación no se encontraba incapacitada, no tenía restricciones ni recomendaciones médicas vigentes.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de la alzada², el determinar si al momento de la desvinculación de ANDREA MURCIA GARZON se encontraba resguardada por estabilidad laboral reforzada y, si con ocasión a ello, procede el pago de la indemnización reglada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así declarado por el *A quo* en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de reparo por la llamada a debate; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia de documentales referente a historia clínica (folios 15 a 28); copia del contrato de trabajo (fls. 29 a 31); documento titulado perfil de cargo – gestión de procesos (folios 32 a 35); misiva de comunicación de resultados médicos y atención examen ocupacional (fls. 36 y 37); carta de desvinculación (folio 38); liquidación final del contrato de trabajo (fl. 39), copia de la identificación de la accionante (folio 41); expediente laboral obrante en la demandada (fls. 93 a 130) e interrogatorio de parte absuelto por la convocante a juicio (CD a folio 137); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un vínculo contractual de carácter laboral, ANDREA MURCIA GARZON trabajó al servicio de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD desempeñando inicialmente el cargo de asistente HSE³ y con una última remuneración en suma de \$9'166.200; el cual se ejecutó desde el 1° de agosto de 2007 y feneció por decisión de la llamada a debate judicial el 24 de febrero de 2016, según carta adosada a folio 38; supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la

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

³ Folio 29



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ausencia de reparo por las partes en litigio a la determinación judicial de primera instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN LEY 361 DE 1997

En lo que atañe a la protección de los trabajadores en estado de incapacidad o debilidad manifiesta, preciso resulta indicar que el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 fue modulado por la H. Corte Constitucional en sendas sentencias, conduciendo a una interpretación humanizada de los preceptos en ella contenidos y que dimanaron en la expedición de la Ley 361 de 1997. Regulación que en su artículo 26, dispuso que la persona limitada físicamente no puede ser despedida por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

Al punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional en sentencia T – 521 de 2008, reiteró que el concepto de estabilidad laboral reforzada conduce a la guarda del trabajador discapacitado y la necesidad de elevar solicitud ante el Ministerio del Trabajo, para que medie autorización para la desvinculación. Indicación que conjuga los mandatos constitucionales vistos en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Nacional, y de los cuales se puede concluir la prohibición asignada a los empleadores de fenecer el vínculo laboral cuando se está en presencia de trabajadores enfermos o incapacitados.

De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. De manera que, la indemnización prevista constituye una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de discapacidad y, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

Garantía constitucional que se predica para aquellos que se encuentran en uso de incapacidad médica u ostentan alguna condición física, como fue enseñado en sentencia T – 1040 de 2001, al señalar **«no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta»** (Resalta fuera de texto)

En igual sentido, justo es recordar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL- 411 de 2017, estableció que la estabilidad laboral reforzada se podía pregonar, incluso, respecto de aquellos trabajadores que no contaran con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, por no ser esa una prueba solemne, siempre y cuando la empresa tuviera pleno conocimiento de su discapacidad. Y en reciente pronunciamiento, esa Alta Corporación dejó por sentado que la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba, siempre y cuando, el trabajador acredite que se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato, y el empleador no logre acreditar que el despido acaeció por una justa causa. Fue así como en sentencia SL – 1360 de 2018, precisó:

(a) *La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, **lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.***

(b) *A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, **el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.
(...)»*

Lográndose concluir, que bajo los actuales postulados de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, es menester para la persona que reclama el resguardo por una condición de salud apremiante, acreditar primeramente una situación evidente de disminución en su salud que le permita titularse en trabajador con discapacidad.

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, descende esta Sala a zanjar los reparos presentados por la accionante que, en síntesis, reseñan la situación de salud que impedía su retiro del servicio.

Así las cosas, inicialmente habrá de señalar esta colegiatura que respecto a las documentales adosadas a folios 15 a 21 de las diligencias, concernientes a relación de citas médicas de la accionante, si bien las mismas carecen de sello o logo de alguna Empresa Promotora de Salud o IPS que permita determinar quién la expidió, lo cierto es que tal legajo cuenta a folio 20 vuelto con la rúbrica del profesional en salud Dr. Rodrigo Pasantez, lo que permite denotar su autenticidad a voces del artículo 224 del Código General del Proceso.

Aclarado lo anterior, evidencia esta Sala de Decisión que obran las siguientes probanzas:

1. Relación de citas médicas con fecha de apertura de historia clínica del 20 de abril de 2009 (folio 15), que da cuenta del pinzamiento de cadera bilateral secundario diagnosticado el 23 de julio de 2009. Luego de lo cual, se advierten mejorías intermitentes al punto de resultar asintomática para el 24 de abril de 2014 (folio 18 vuelto). Con posterioridad y derivado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

un accidente de tránsito sufrido en julio de 2014⁴, se integran sendas precisiones de dificultad en ascenso y descenso de escaleras con dolor en la rodilla.

2. A folio 19 vuelto en cita del 26 de junio del 2015, se señala evolución de síntomas «*POP de RMO de placa angulada de cadera izquierda, herida en proceso de cicatrización*», lo cual se acompasa a la epicrisis emitida por el Hospital Universitario Fundación Santa Fe que da cuenta de la intervención realizada a ANDREA MURCIA GARZON con fecha de ingreso 18 de junio de 2015 y con la entrega de una incapacidad por 30 días⁵.
3. En cita del 8 de febrero de 2016 aduce la activa encontrarse asintomática, e incorpora rayos x de cadera «*sin cambios*», finalizando en cita del 15 de febrero de 2016 (folio 20 vuelto) donde narra como plan «*la paciente en el momento necesita continuar observación anual con radiografías y en el momento que lo requiera por su sintomatología se realizara un reemplazo total de cadera(s)*».
4. A folio 22 vuelto se incluye incapacidad médica del 13 de febrero de 2016 y por el termino de 5 días, anunciando como origen de la incapacidad «*Enfermedad general*».
5. A folio 24 anverso se evidencia la entrega de incapacidad médica con calenda del 25 de -al parecer- mayo de 2016 y por el termino de 3 días, sin que logre dilucidarse de que mes corresponde dado lo ilegible de la escritura impuesta.

Documentos estos que no han sido tachados de falsos, ni reargüidos por las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

⁴ Folio 19

⁵ Folio 27 anverso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, en lo que refiere a las declaraciones absueltas en primera instancia (CD folio 137), se advierte que la demandante refiere encontrarse afectada en su salud desde el año 2009, pues fue desde ese momento que le descubrieron la patología en sus caderas, lo que produjo la realización de dos cirugías, siendo la primera en esa anualidad y la segunda en el año 2013; refiriendo que cuenta con una pérdida de capacidad laboral pero sin estar aun calificada. Agrega que tales situaciones medicas no impidieron la ejecución de su trabajo en términos de normalidad, al punto de precisar que la desplegó «*caminando normal*».

Manifestaciones del extremo convocante que hacen eco desde el relato de los supuestos facticos de la demanda, al imprimir en el hecho 7 que «*a pesar de su condición de salud que padece (artrosis de cadera) trabajo de manera constante de acuerdo a sus funciones y colocando su experiencia y profesionalismo al servicio de la demandada para lo cual fue contratada, sin tener jamás una falta o acción durante los ocho años (8) y seis (6) meses*»

En ese orden y a juicio de esta Sala, es dable inferir que si bien la demandante logró acreditar el descubrimiento de la enfermedad ARTROSIS BILATERAL DE CADERAS para el año 2009, así como la ejecución de dos intervenciones para esa anualidad y el 18 de junio de 2015, lo cierto es que para la data de fenecimiento del vínculo contractual con la pasiva o momentos anteriores a ello, no se reportan citas médicas, la emisión de incapacidades médicas o recomendaciones laborales que comportaran la citada patología, pues si bien obra incapacidad medica por 5 días, adiada 14 de febrero de 2016 (folio 22), en aquella se advierte como origen una enfermedad general, conceptualización que impide enmarcarla dentro de la afectación por ARTROSIS BILATERAL DE CADERA.

Al punto que, en la relación con las probanzas diagnosticas mencionadas y las citas con el galeno tratante, se logra dilucidar que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

el quebranto en su salud no ha sido constante y por el contrario, a presentado momentos extensos de mejoría por asintomatología.

Surgiéndole a este Juzgador Colegiado de segundo grado, la duda de cuando dejó aquel de tener una actividad normal de labores, si no existe incapacidad ni la expedición de restricciones laborales para fechas anteriores al momento de extinción del nexa, máxime, cuando fue la misma demandante quien confesó dentro del escrito de demanda y en su interrogatorio de parte, que la enfermedad nunca fue un obstáculo para la ejecución correcta del cargo, tanto, que nunca tuvo una interferencia o circunstancia que le impidiera su normal realización.

Lo que implica, que la empresa a la calenda de extinción del contrato desconocía que estuviera en tratamiento de sus patologías o menos aún que se encontrara incapacitada, o con recomendaciones para desarrollar su labor, pues no emana del material probatorio arrimado a las diligencias tal situación, aunado a que aquello fue informado únicamente ante el Juez Constitucional dentro de la acción de amparo impetrada en el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, sede judicial que relató en sus considerandos la entrega de una recomendación médica por el ortopedista solo hasta el 16 de marzo de 2016, ello es, luego de transcurridos más de 15 días del fenecimiento del nexa (folio 103).

Máxime cuando dicha afección no comporta tal gravedad que, en los términos de la sentencia T – 111 de 2012, lograra calificarla como «*una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a **un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores***», quiere ello indicar que sea de tal entidad que resulte evidente y afecte la ejecución de las mismas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Aunado a ello, se considera pertinente resaltar que en tratándose de reparos por desvinculaciones de trabajadores posiblemente afectados en su salud, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha señalado su viabilidad hasta tanto se corrobore que el querer de la empresa fue su retiro en razón de la enfermedad, empero, en el *examine* contrario a lo afirmado por la activa, del estudio de los legajos de prueba, ello en manera alguna de reafirma.

Así pues, no obra en el plenario ninguna otra valoración que conlleve a determinar la limitación física de la demandante que configure la debilidad manifiesta, que la haga acreedora de la protección laboral reforzada que por esta vía reclama, ante la ausencia de procedimientos médicos posteriores, como quiera que, se *itera*, no se halla probanza de terapias, recomendaciones, exámenes, citas u procedimientos al momento de terminación del contrato o posteriores, siendo el único el relatado por el Juez en sede de tutela.

En el caso de autos, claro es para esta sede judicial, que el despliegue probatorio realizado por la parte actora no fue suficiente para demostrar que mientras subsistió el contrato de trabajo se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, ni mucho menos para acreditar que la vinculación con la demandada terminó por razón de su discapacidad, pues revisado el expediente no hay si quiera medio de prueba que lleve a dicho razonamiento.

Todo lo anterior tiene el fuerza de convicción suficiente para negar el éxito de las aspiraciones de la demandante, pues no se demostró la situación médica apremiante a la terminación del contrato ni que aquella afectara el desempeño de sus labores, por lo que, al no acreditarse que se encontraba en estado de debilidad manifiesta no se puede inferir que se encuentra cobijada por la protección establecida en la Ley 361 de 1997, en consecuencia, habrán de despacharse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desfavorablemente las pretensiones de la demanda, como en efecto lo estableció el *A quo*.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000. 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 Cuatro (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 21 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ANDREA MURCIA GARZON** contra **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

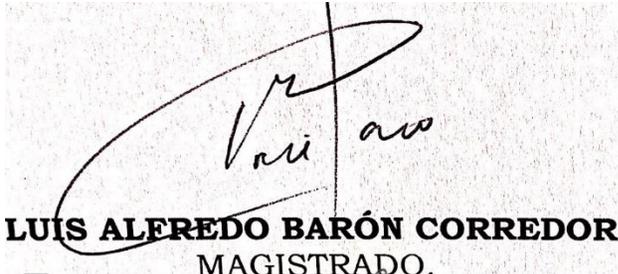
SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000. Liquidense en primera instancia.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



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 **RAFAEL ZAMBRANO RODRIGUEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.433 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 **RAFAEL ZAMBRANO RODRIGUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 30 de noviembre de 2014 junto con la indexación e intereses moratorios (folios 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 23 de diciembre de 1952 cumpliendo la edad mínima pensional el mismo día y mes del año 2012; aduce ser beneficiario del Decreto 758 de 1990 por realizar cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones antes del 1° de abril de 1994 y contar con más de 1035.56 semanas válidamente cotizadas, según la historia laboral expedida por la pasiva el 31 de enero de 2017; documento del cual, agrega, se denota un indebido conteo de los ciclos, en la medida que un año concierne a 52.14 semanas. Refiere que solicitó la corrección de la historia laboral para los periodos del 2 de noviembre de 1979 al 1° de enero de 1983, 22 de agosto de 1989 a 20 de marzo de 1990 y del 1° de enero de 1996 al 30 de noviembre de 2008; tiempos que según oficio del 26 de diciembre de 2017 expedido por Colpensiones, ya estaban acreditados. Alude que mediante Resolución SUB 217506 del 18 de agosto 2018, se negó la revocatoria impetrada contra el acto administrativo SUB 56693 del 28 de febrero de 2018, agotando la vía gubernativa. Finalmente resalta, que debe dársele prioridad a la protección del adulto mayor con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

otorgamiento de la prestación por vejez para cubrir la salud, mínimo vital y vida digna.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no cumplió con la edad para el 31 de julio de 2010 y, al analizar la posible extensión del régimen de transición hasta el 31 diciembre 2014, se constató que para la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 únicamente acreditaba 695 semanas, lo que impide acceder al reclamo prestacional. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; cobro de lo no debido; prescripción; inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 27 a 35).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 25 de junio de 2020, resolvió **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, en cuantía inicial de \$689,455 pesos y a partir del 1° de julio de 2016, junto con los aumentos legales, la mesada 13 adicional y los intereses moratorios regulados por el artículo 141 desde el 10 de mayo de 2018, mes a mes hasta que se produzca el pago; **declara no probada** la excepción de prescripción (CD a folio 71).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no se presentaba discusión respecto a la calidad de beneficiario del régimen de transición, en la medida que tenía más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, demostrar para el 25 de julio de 2005 como fecha de ingreso del acto legislativo 01 de 2005 un monto de 752.72 semanas, logrando la aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Resalta que el 31 de diciembre de 2014 ostentaba 1005 semanas,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fecha para la cual ya contaba con la edad pensional al lograrla en el año 2012; lo que avala el reconocimiento pensional a partir del 1° de julio del 2016 como día siguiente a la desafiliación al sistema.

RECURSO DE APELACIÓN: La demandada **COLPENSIONES interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que si bien el actor tenía 41 años para el 1° de abril de 1994, lo cierto es que no cumple con los demás requisitos para acceder a la pensión por régimen de transición, al no consumir el derecho antes del año 2010 y demostrar para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 un total de 747.49 semanas, conforme la historia laboral actualizada al 11 de febrero de 2010 y el último aporte realizado con el empleador Jaime González Heredia a 31 de diciembre de 2000, lo que impide hacer extensivo el régimen de transición hasta el año 2014 y, de contera, no lograr el derecho a la pensión de vejez.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Dentro de la oportunidad procesal guardo silencio.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida que para la fecha de cumplimiento de 60 años, el demandante acreditaba únicamente 850 semanas y a la fecha 1060 semanas aportadas, las que resultan insuficientes para conceder la prestación pensional. Adiciona el incumplimiento en los presupuestos para la permanencia del régimen de transición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, como da cuenta la Resolución SUB 56693 de 28 de febrero de 2018 (fls.17 y 18) y la solicitud del 6 de agosto de 2018 (folios 12).

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, el recurso de alzada impetrado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ese extremo, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar el cumplimiento de los presupuestos normativos para el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia del documento de identificación y registro civil de nacimiento del accionante (fls.9,11 y 22), copia de solicitud pensional y su respuesta (fls.10, 12 a 16), copia de las Resoluciones SUB 56693 de 28 de febrero y SUB 217506 de 16 de agosto de 2018 (fls.17 a 21), medio magnetofónico contentivo de expediente administrativo (fls.46) e historia laboral tradicional y reporte de semanas (fls.62 a 68); probanzas de las cuales se colige, que RAFAEL ZAMBRANO RODRIGUEZ nació el 23 de diciembre de 1952, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2012 cumplió 60 años de edad (fl.9 y 11), en igual sentido se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente e independiente por el interregno del 18 de junio de 1979 al 30 de junio de 2016 un total de 1060,71 semanas (fl.65); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal, correspondiente a la aplicación del régimen de transición reclamado por la parte activa, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos

Así entonces, en principio, el señor ZAMBRANO RODRIGUEZ resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, como quiera que contaba con 41 años de edad para el 1° de abril de 1994. Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

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

Sobre el particular, necesario es indicar que al cumplir el convocante a juicio la edad pensional el 23 de diciembre de 2012, resulta indudable que no se encuentra dentro del primer escenario, atinente a dejar causado su derecho pensional con antelación al año 2010.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal contexto, descendiendo a verificar el cumplimiento de las regulaciones del Acto Legislativo 01 de 2005, se tiene que referente a la excepción prevista en el parágrafo 4° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el señor ZAMBRANO RODRIGUEZ no logró demostrar las 750 semanas cotizadas para el 29 de julio de 2005, para así extender el beneficio transicional hasta el año 2014, pues contabilizadas las semanas cotizadas hasta dicha fecha conforme al reporte de semanas a folios 65 y 66, junto con aquella historia laboral tradicional adosada a folios 62 a 64, se concluye que para tal data para reportaba únicamente 747,69 semanas efectivamente cotizadas.

Sin que resultara acertado mutar el porcentaje de semanas asignado para el ciclo de enero de 1996 (0.29), como quiera que en el acápite de detalle de pagos efectuados a partir de 1996², se encuentra que el patronal JAIRO GONZALEZ AREVALO Y ASOCIADOS reportó y pagó solamente 2 días para esa mensualidad, los que, en efecto, atañen al monto impuesto. En igual sentido, no obra en el diligenciamiento prueba que detalle mora patronal o tiempos cotizados no incluidos por la administradora del régimen de prima media con prestación definida en la historia laboral, que merecieran su inclusión por este Juez Colegiado.

De suerte que, el demandante no reunió los requerimientos establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario del estudio prestacional bajo el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 rogado en el *libelo*, ello, en acatamiento al artículo 36 *ejusdem*. Por lo que fluye diáfana la improcedencia en la súplica incoada por la parte accionante, lo que de contera implica revocar la decisión primigenia.

² Folio 66 anverso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, en la medida que las pretensiones invocadas en el cuerpo del escrito inicial, persiguen el reconocimiento de la pensión de vejez, es que esta Sala de Decisión descende a determinar si de las pruebas allegadas se colige el acceso al *petitum* en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 9° dispuso:

«**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)»

Con tal propósito, de la documental adosada a folios 62 a 66 del diligenciamiento, se evidencia que para la data del último aporte – 30 de junio de 2016- contaba solo con 1060.71 semanas, incumpliendo de esa manera con el presupuesto de semanas cotizadas que, para ese estadio, concernía a 1300 semanas al tenor de la norma en estudio.

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, no emanan cumplidos los presupuestos para establecer que Zambrano Rodríguez es acreedor de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Dimanando, se *itera*, en la revocatoria del fallo de primer grado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo que estén a cargo de la parte demandante, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 25 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas por **RAFAEL ZAMBRANO RODRIGUEZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

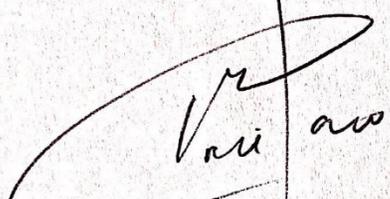
SEGUNDO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo que estén a cargo de la parte demandante, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



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 DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GUSTAVO ALBERTO ARRIETA GARÍA** CONTRA **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, Y LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Diana María Vargas Jerez** identificada con

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

1. 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

cedula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y tarjeta profesional 289.559 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 **GUSTAVO ALBERTO GARCÍA ARRIETA**, promovió demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de la sociedad **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, para que previo proceso ordinario laboral se condene a la enjuiciada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para tal efecto, la totalidad de los factores salariales que devengó en el último año de servicios, junto con los respectivos incrementos año a año; el retroactivo que llegare a generarse; la mesada de adicional de junio; el mayor valor que se cause al momento en que sea subrogado el derecho a la entidad pensional; el incremento de los aportes a la seguridad social en salud; la indexación de las sumas reconocidas y las costas y agencias en derecho. (fl. 3 del expediente digital)

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 3 a 7 del expediente, en los que en síntesis advierte, que laboró por más de 20 años con el Banco Comercial Antioqueño hoy Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A; que entre los sindicatos y el Banco Comercial Antioqueño se suscribió una convención colectiva de trabajo en la que se pactó el reconocimiento de una pensión convencional; que prestó sus servicios para la entidad bancaria entre el 12 de enero de 1950 al 14 de mayo de 1978; que al momento de su renuncia al cargo que desempeñaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

devengaba una asignación salarial básica de \$6.378; que en el último año de servicios devengó por concepto de sueldo \$72.939,33; que en el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 1977 al 14 de mayo de 1978, percibió por concepto de bonificación extralegal, mesada adicional del mes de junio proporcional de 1979, mesada adicional del mes de diciembre de la misma anualidad, y mesada aficionar de junio de 1978, la suma de \$18.884.83; que en el último año de servicios devengó la suma de \$7.122,10; ; que para el último periodo anual en que prestó sus servicios percibió por concepto de bonificación extralegal y prima de vacaciones el valor de \$12.756; que todos los beneficios extralegales eran de naturaleza salarial sin embargo no fueron tenidos en cuenta para liquidar la prestación pensional; que en el caso de dos compañeros de trabajo si les fue tenido en cuenta dichos factores para liquidar la pensión de vejez; que lo proporcionado por concepto de sueldo, y bonificación extralegal asciende a la suma anual de \$111.703, para un promedio mensual de \$9.309; que la encartada le liquidó la prestación pensional un valor inferior, arrojando la cuantía de \$5.739,01, cuando lo propio debió ser \$6.982; que el Banco omitió dar aplicación a lo previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993; que el 13 de julio de 2016 radicó solicitud de reliquidación pensional.

CONTESTACIÓN la sociedad accionada **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A,** se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar, en síntesis, que la pensión convencional que le fue reconocida al actor fue liquidada bajo una tasa de remplazo del 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, tomando en cuenta todos y cada uno de los factores salariales que percibió el accionante, sumó a ello, que mediante conciliación judicial que se adelantó en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín en el año 1996, se le reliquidó la prestación pensional y se le incluyó como factor salarial, la prima de vacaciones; así mismo señaló que en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

citada conciliación se expresó que las bonificaciones para acceder al retiro y la de retiro, al haberse recibido por una única vez, no tendrían incidencia salarial. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción. (fl. 235 a 248 del expediente digital).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al descorrer el traslado del libelo introductor se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considera, en esencia, que en el presente asunto existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto lo pretendido por el demandante es la reliquidación de una pensión de vejez convencional reconocida por parte del hoy Banco Itaú Corpbanca S.A., sumó a ello, que revisados los aplicativos de la Entidad, Colpensiones en manera alguna a subrogado la prestación pensional del demandante **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los de falta de legitimación en la causa, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 379 a 394 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** probada la excepción de cosa juzgada propuestas por la demandada; **absolver** a las demandadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Banco Itaú Corpbanca de Colombia S.A., y Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **condenar** en costas a la parte demandante. (medio magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto no existe disparidad respecto a la condición de pensionado del demandante, quien se hizo beneficiario de dicha prestación al reunir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva suscrita por el Banco Itaú, reconocimiento que se efectuó en el año 1978; sin embargo, pese a que el actor refiere que no le fue incluido en la liquidación de su prestación pensional los factores salariales denominados prima de vacaciones y bonificación extra legal, tales actores fueron objeto de conciliación y computados a efectos de reliquidarle la citada prestación en el año 1996, razón por la cual, resulta patente el acaecimiento de la figura de la cosa juzgada. En lo referente a la devolución de los aportes a salud, tal aspiración no encuentra vocación de prosperidad en tanto dicho debito lo asumió en su integridad la entidad bancaria sin que se le hiciera descuento alguno al pensionado.

CONSULTA

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

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Este extremo guardó silencio dentro del término dispuesto para el efecto.

Parte demandada: La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** petitiona la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que Colpensiones carece de competencia para pronunciarse respecto a los hechos y pretensiones de la demanda, toda vez que ésta entidad únicamente asumió la administración del régimen de prima media, de acuerdo con el Decreto 2011 de 2012, y teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda van dirigidas a la declaración de existencia de una relación laboral, será el juez competente del caso, el llamado a esclarecer la solicitud presentada por el demandante.

A su turno, la sociedad demandada **Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A.**, petitionó la confirmación de la sentencia de primera instancia con base a que el demandante se pensionó con un porcentaje superior al 75% del salario devengado, situación que pone de presente que efectivamente la empresa tomó en cuenta los conceptos salariales para liquidar dicha prestación, a tal punto que la mesada corresponde al 89,98% del último salario percibido, sumó a ello, que como quiera que la compañía no incluyó la prima de vacaciones y de antigüedad dentro de la pensión de jubilación, mediante conciliación celebrada ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín en el año 1996, la prestación fue reliquidada incluyendo estos conceptos.

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

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S le corresponde a esta Sala entrar a establecer si al demandante le asiste el derecho a la reliquidación pensional convencional que le otorgó el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., teniendo en cuenta para ello la totalidad de factores salariales devengados durante el último de servicios, ello por cuanto al sentir del actor, al momento de liquidarse el IBL, no se tuvo en cuenta los emolumentos realmente sufragados. Del mismo modo, establecer si le asiste derecho a que se le sea reconocida la mesada catorce y la devolución de los aportes a salud previstos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GUSTAVO ALBERTO GARCÍA ARRIETA, pues así lo acredita la certificación emitida por el Banco Corpbanca Colombia S.A., en la que dicha entidad sostiene que «... certificamos que el (la) señor(a) GARCIA ARRIETA GUSTAVO ALBERTO al momento de su retiro (14 de mayo de 1978), devengó como último salario la suma de \$6.738.00 y el 15 de mayo de 1978, comenzó a recibir su mesada pensional en cuantía de \$5.739.00; es decir, se pensionó con el 89.98%», a renglón seguido certifica la empleadora que «Para la liquidación de dicha pensión se tuvieron en cuenta todos los factores salariales que se reflejan en la liquidación de la pensión y su condición de convencionado».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario de la prestación convencional por parte del demandante, resta por establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales que percibió en el último año de servicios prestados tal como lo dispone la convención colectiva, o conforme a lo previsto en el artículo 260 del C.S.T., lo que le resulte más beneficioso.

Así, en aras de desatar el objeto de la *litis* planteada, se debe tener en cuenta que la prestación pensional del demandante fue reconocida por ser beneficiario aquel de la convención colectiva suscrita con el empleador; ahora, si bien no se discute la condición de pensionado, si se debate la forma en que se le liquidó la mesada pensional, lo cual al sentir del actor, no comprendió todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, tal como lo dispone la norma que le otorgó el derecho. En tal virtud, se hace necesaria la remisión al articulado convencional a efectos de establecer la forma en que las partes acordaron liquidar las pensiones de los trabajadores beneficiarios de la citada convención colectiva.

Al respecto, advierte la Sala que el documento convencional contentivo de las normas que regularon el derecho pensional aquí debatido no fue incorporado al plenario, aspecto este que imposibilita la constatación de las particularidades en las que se reglamentó dicha prestación pensional, tales como requisitos para su acceso y la forma de liquidación de la misma, exigencia probatoria que a la luz de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se torna necesaria a fin de revestir de certeza, ante las partes y ante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

terceros, la correlativa generación de efectos jurídicos del documento convencional. De este modo, la sentencia con radicación SL 378 de 2018, con ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas enseñó que:

«Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la proposición jurídica, también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes.

Así las cosas, ante la ausencia de prueba de la nota de depósito del acuerdo convencional, es claro que el colegiado de segunda instancia no podía partir de la existencia de la norma sustancial -por su contenido-, sino que, contrario a lo planteado por la censura, hizo bien en indagar por la existencia del derecho a cuyo reconocimiento aspiró el promotor del litigio, entre otras razones, porque requería conocer los supuestos fácticos en perspectiva de definir si reconocía o negaba el derecho deprecado, en tanto, frente a la oposición de la demandada a las pretensiones de la demanda, se alegó la inaplicabilidad para el actor de la cláusula convencional sobre la cual soportó su pretensión pensional. Bien puede decirse, entonces, que el juzgador tiene el deber de verificar si se cumplen o no los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual: «La convención colectiva de trabajo debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el departamento nacional de trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto».

De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo»

Cabe precisar, que si bien al informativo se allegó la Convención Colectiva suscrita por el Banco Comercial Antioqueño y la Asociación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Colombiana de Empleados Bancarios –ACEB, también lo es, que en dicho cuerpo convencional no quedó plasmado el derecho a la prestación pensional, en tanto aduce en su artículo 46 que «*Todos los beneficios consagrados en convenciones colectivas, laudos y fallos arbitrales anteriores que no hayan quedado sustituidos o superados por la presente convención quedarán vigentes*», siendo lo propio, si pretendía beneficiarse de la pensión convencional, aportar el documento contentivo de la disposición de la que se pretende el beneficio, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub lite*.

Sin perjuicio de lo anterior, y como quiera que las aspiraciones de la parte demandante, se itera, se centran en la reliquidación de la prestación que le fue reconocida por el empleador con base al IBL de lo devengado durante el último año de servicios, y teniendo en cuenta para para tal efecto, la totalidad de factores constitutivos de salario, sin hacer alusión en el acápite de pretensiones respecto a que factores echa de menos, entiende la Sala, que los mismos se remontan a aquellos dispuestos en el hecho 16 de la demanda, en el que dispone la parte actora que en el último año de servicios devengó bonificación extralegal y prima de vacaciones, beneficios extralegales que ostentan una naturaleza salarial y que debieron ser tenidos en cuenta al momento de liquidarse la pensión convencional.

Pues bien, pese a la ausencia de la prueba de depósito de la convención colectiva y del documento convencional, la accionada al momento de ejercer su derecho de defensa y contradicción aceptó la existencia del derecho pensional y del acuerdo convencional, del mismo modo confesó que si bien es cierto, en un primer momento no tuvo encuentra para liquidar la pensión de la que es beneficiario el actor, los factores salariales denominados prima de vacaciones y de antigüedad, también es cierto, que mediante conciliación surtida ante el Juzgado Segundo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral del Circuito de Medellín en el año 1996, se acordó su inclusión y se reliquidó la prestación por un monto inclusive superior al estipulado en el documento convencional, sumó a ello, que en lo referente a la bonificación por retiro y bonificación por acceder a la pensión convencional, dichos emolumentos fueron reconocidos por una única vez y no tiene la connotación de factor salarial.

Con el ánimo de constatar las afirmaciones expuestas por las partes en contienda, descende esta Corporación a la valoración del material probatorio acopiado al plenario, y así, se tiene que a folio 257 del expediente digital reposa liquidación de jubilación, de la que se extrae que en efecto, la prestación se reconoció con base al promedio de lo percibido por el ex trabajador en el último año de servicios, teniendo en cuenta para tal fin i) bonificaciones, viáticos, sueldos y bonificación sobre viáticos, allí promedio allí obtenido, se le aplicó una tasa de remplazo del 75%, arrojando una primera mesada pensional a partir del 15 de mayo de 1978 en cuantía de \$5.739,01, nótese como en efecto, tal como lo aducen los extremos litigiosos, en la liquidación inicial no se incorporó los atinente a prima de vacaciones, beneficios extralegales, entiéndase estos últimos, en bonificación por retiro y bonificación por acceder a la pensión convencional.

Ahora bien, a folios 255 y 2566 del expediente digital gravita acta de conciliación surtida ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín el 18 de diciembre de 1996, de la que se desprende que «... *el Banco, basado en lo estipulado en la convención colectiva de trabajo firmada con la Asociación Sindical, no le incluyó para liquidar la pensión de jubilación el pago de prima de vacaciones y prima de antigüedad que devengó el jubilado; por tal motivo, para evitar iniciar un proceso judicial, he llegado a un acuerdo conciliatorio con la Empresa, consistente en que esta, reconozca el 80% del valor del reajuste retroactivo hasta el 30 de Noviembre que le corresponda al jubilado GUSTAVO GARCÍA ARRIETA por los tres (3) años de pensiones y mesadas adicionales haciendo la liquidación incluyendo los*



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

valores de prima de vacaciones y prima de antigüedad; además, a partir de la mesada causada desde el 01 de Diciembre de 1996, el Banco, le reajustará adicionalmente la pensión en la suma de \$100.914.00 mensuales, sin perjuicio de los incrementos de ley que se decreten para las pensiones», nótese como en dicha oportunidad, las partes acordaron la inclusión, en la liquidación del IBL, de los factores denominados prima de vacaciones y prima de antigüedad, emolumentos que coinciden con los pretendidos en la presente demanda. En tal virtud, le asiste razón al a quo, al disponer que respecto a esta pretensión acece la figura de la institución de la cosa juzgada, en tanto ya fue discutida y conciliada por las partes.

Ahora, y en lo que refiere a la inclusión de las bonificaciones extralegales de retiro y por acceder a la pensión convencional, como factor salarial, basta con memorar lo que para el efecto prevé el artículo 127 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, norma que estipula que «*Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas*», del mismo modo, el artículo 128 de la norma ejusdem, prevé que «**No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales,** participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Bajo esa orientación, debe decirse que la connotación de factor salarial de una erogación percibida no se la otorga la denominación que se le da a la prestación, sino por el contrario, la habitualidad con la que se percibe la misma. En el caso de marra, se tiene que el promotor del juicio peticiona la inclusión de las bonificaciones extralegales de retiro y por acceder a la pensión convencional, prestaciones que tal como se acredita en el informativo, fueron reconocidas por una única vez por parte de la demandada, sin que se advierta su reconocimiento de manera habitual en las condiciones previstas en el artículo 127 del C.S.T., razón por la cual, no resulta procedente acceder a esta aspiración.

De otro lado, en lo atañadero al reconocimiento y pago de la mesada adicional, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la que arribó el sentenciador de primer grado, en tanto dicha mesada adicional al haberse casado con antelación a la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, surge como un derecho del pensionado, sin embargo, a folios 283 a 329 del expediente digital reposa documento expedido por el Banco Itaú denominado «**ACUMULADOS DE CONCEPTOS POR EMPLEADO**», de los que se advierte el reconocimiento y pago de la mesada de junio y diciembre a favor del señor Gustavo Alberto García Arrieta, sin que medie prueba alguna que establezca el incumplimiento por parte de la encartada en el reconocimiento de la prestación perseguida, razón por la que se confirmará la sentencia consultada en este aspecto.

Por último, en lo referente a la devolución de aportes a la seguridad social en salud, basta con señalar, que en el expediente reposan planillas integradas de autoliquidación de pago para el pensionado, de las que se desprende que el Banco Corpbanca Colombia S.A., ha venido asumiendo la cotización a salud en su integridad, por lo que no resulta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

factible la devolución pretendida por el aquí demandante. Razón por la que se confirmará la sentencia en este aspecto.

Por las razones expuestas en precedencia, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia consultada.

COSTAS: Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia no hay lugar a su imposición dado que el conocimiento del asunto se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 11 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GUSTAVO ALBERTO ARRIETA GARÍA** contra **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS Se confirma la condena en costas impartida en primera instancia. En esta instancia no hay lugar a su imposición dado que el conocimiento del asunto se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 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 DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NÉSTOR JULIO REY ROZO** CONTRA **ALBERTO BURITICA CELIS Y JAIME EDUARDO VELA TELLO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **NÉSTOR JULIO REY ROZO**, promovió demanda ordinaria laboral en contra de **ALBERTO BURITICA CELIS** y **JAIME EDUARDO VELA TELLO**, para que previo el trámite procesal correspondiente se condene solidariamente a los demandados a pagarle la suma de \$18'871.402, por concepto de honorarios por los servicios profesionales prestados: los intereses moratorios y/o legales causados a partir del 16 de febrero de 2012 hasta la fecha en que se produzca el pago; que se ordene compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura al profesional del derecho Jaime Eduardo Vela Tello por haber incurrido en faltas disciplinarias; las costas y agencias en derecho. (fls. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 de las diligencias, en los que en síntesis advierte, que el señor Alberto Buritica Celis es el padre de la compañera permanente de Jaime Eduardo Vela Tello; que el señor Buritica Celis laboró para el señor Arnulfo Leguizamón Maldonado; que este último no le pagó al señor Buritica Celis las prestaciones sociales correspondientes; que en julio de 2009, fue contactado por el señor Vela Tello a fin que se le suministrara los servicios profesionales en el área laboral; que los demandados afirmaron no contar con los recursos para sufragar los gastos del proceso, pero aseveraron estar dispuestos a pagar el 50% de las resultas del proceso; que el 28 de julio de 2009, se firmó entre las partes contrato de prestación de servicios profesionales; que el señor Vela Tello el día de la suscripción del acuerdo contractual afirmó no suscribir el documento pero se comprometió a responder solidariamente por dichos honorarios; que en el documento contractual, además de pactarse como honorarios el 50% de las resultas de la primera instancia, también se acordó que las agencias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

en derecho serían para el profesional contratista; que el 30 de julio de 2009, radicó la respectiva demanda correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 26 Laboral de esta ciudad, bajo la radicación interna 2007-731; que el proceso fue remitido al Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá y se le asignó la radicación interna 2010-145; ; que el 10 de abril de 2010, se profirió sentencia condenatoria en primera instancia; que se convino verbalmente con los demandados la continuación del proceso en lo que atañe a su ejecución; que acordaron que los honorarios se pagarían con los dineros recaudados en el proceso ejecutivo; que el 12 de mayo de 2010, peticionó se librara mandamiento de pago; que por compensación se tramitó en el mismo Juzgado la ejecución bajo el radicado 2010-489; que el 28 de junio de 2010, se libró mandamiento de pago y se decretaron medidas cautelares; que los demandados no sufragaron las expensas del proceso ejecutivo, por lo que debió asumirlas de su propio peculio; que entre los meses de septiembre y octubre de 2011, se logró el secuestro del bien inmueble y se realizaron ofertas por parte del ejecutado para terminar el proceso; que hubo oposición por parte de un tercero en la ejecución, para lo cual ofertó la suma de \$20.000.000 a fin de terminar el proceso; que le fue revocado el poder y el mismo lo asumió el Abogado Vela Tello; que a 13 de febrero de 2012, la suma condenada en el proceso ordinario junto con las agencias en derecho ascendía a \$37'752.804; que el 12 de julio de 2012, el profesional Vela Tello le entregó el valor de \$1'000.000, por concepto de honorarios; que a la fecha de presentación de la demanda no se le ha cancelado las sumas adeudadas.

CONTESTACIÓN: El demandado **JAIME EDUARDO VELA TELLO**, en su escrito de contestación de la demanda, se opone a las pretensiones aduciendo que no se advierte de obligación alguna contraída con el demandante respecto al pago de los honorarios que pretende.

Excepciones: Formuló los medios exceptivos que denominó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, temeridad y mala fe, abuso del derecho, prescripción de la acción del derecho reclamado, falta de juramento estimatorio de la cuantía pretendida, y la declaración oficiosa de las excepciones genéricas probadas en el curso del proceso. (fl. 39 a 62).

Por su parte, el **CURADOR AD LITEM** de **ALBERTO BURITICA CELIS**, al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, al considerar en esencia, que no le asiste razón al demandante en tanto su representado canceló la totalidad de la obligación contraída tal como se desprende de la documental que fuera aportada al proceso. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos de inexistencia de la obligación, inexistencia de acuerdo y estipulación de honorarios para representación en el proceso ejecutivo, prescripción, compensación, mala fe en la sobre estimación de las pretensiones y la innominada o genérica. (fl.73 a 82)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 2020, resolvió **condenar** al demandado Alberto Buritica Celis a pagar en favor del demandante ña suma de \$8´138.694 por concepto de honorarios profesionales, correspondiente a los procesos laborales con radicación 2010-145 y 2010-489; **condenar** al demandado Alberto Buritica Celis a pagar a favor del accionante, por concepto de intereses moratorios, la cantidad que corresponda a una tasa del 6% anual en los términos del artículo 1617 del C.C., intereses moratorios que se causan sobre los honorarios profesionales reconocidos en el numeral anterior, a partir de la ejecutoria de la presente decisión y hasta se realice el respectivo pago; **declarar** no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación; condenar en costas a Alberto Buritica Celis. (fl. Cd. 127).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto no se discute la existencia de una relación contractual regida por una prestación de servicios profesionales teniendo como mandatario al demandante Julio Rey Rozo y como mandante a Alberto Buritica Celis, con el objeto de asumir la representación judicial del aquí accionado, tampoco existe duda de la gestión adelantada por el actor al interior del proceso ordinario, entre tanto, en nada se puede constatar la contratación del demandante con el demandado Jaime Eduardo Vela Tello, por lo que entre estos últimos extremos litigiosos, no hay lugar a impartir condena. Ahora, en lo atinente a los honorarios, como quiera que la parte pasiva no acreditó el reconocimiento de dichos emolumentos es que resulta patente la condena de aquellos, tanto en el proceso ordinario laboral, como su continuación en el ejecutivo.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **ALBERTO BURITICA CELIS**, quien se encuentra representado por curador ad litem, censuró la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado, al considerar, en esencia, que en el *sub lite*, se debió declarar prospera la excepción de prescripción, en tanto, la juez tuvo sentada como fecha de conocimiento por parte del demandante de la revocatoria del poder, la prevista en el hecho 35 de la demanda. Al respecto, y como quiera que en el expediente obra documento denominado revocatoria del poder, mediante el cual el señor Néstor Julio Rey acepta y consciente la revocatoria que se dio a su poder, no puede alegarse dentro de este proceso que lo conoció hasta el año 2012 y por tanto, procede la prescripción solicitada. En tal virtud, el demandante contó con el pleno conocimiento de la revocatoria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

desde el momento en que se presentó el memorial. Subsidiariamente, y de no prosperar el medio exceptivo, solicita se tenga en cuenta la cláusula 6ª del contrato de prestación de servicios en la cual se aprecia una transacción que impide dar aplicación a la cláusula segunda del mismo cuerpo contractual.

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: La parte demandante Néstor Julio Rey Rozo, formuló escrito de oposición al recurso de apelación y así a las alegaciones finales formuladas por el extremo pasivo, en el entendido que en el presente asunto no se dan los presupuestos para declarar probado el medio exceptivo de prescripción, en tanto fue pactado un acuerdo entre las partes a efectos de sufragar sus honorarios el 13 de febrero de 2012, fecha también en la que se le canceló parcialmente la obligación, y como quiera que la demanda se radicó el 12 de febrero de 2015, dicho fenómeno no había operado, sumó a ello, que la liquidación de sus honorarios se deben dar de conformidad con lo previsto en la cláusula 2ª del contrato de prestación de servicios y no, con la 6ª como lo aduce el recurrente.

Parte demandada: La parte demandada Alberto Buritica Celis, representado a través de Curador *Ad Litem*, solicita la revocatoria de la sentencia, y para tal fin expresa que se reitera en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por los demandados en la contestación de la demanda, y en estricta consonancia con los reparos formulados en el recurso de apelación, esta Colegiatura, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T y la S.S, procede a determinar si en el presente asunto operó o no el fenómeno extintivo de la prescripción. De resultar negativa la anterior premisa, establecer si en efecto, los honorarios pactados se regulan bajo lo contenido en el clausulado 6° del documento contractual, o si, por el contrario, tal como dispuso la juez, se encuentra gobernado por la cláusula 2ª del citado contrato de prestación de servicios.

DEL PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES

En el presente asunto no se discute la existencia del vínculo contractual que ató a las partes, pues así fue declarado en primera instancia, tampoco es objeto de debate la gestión que prestó el demandante en procura del cumplimiento del contrato de prestación de servicios que suscribió con el señor Alberto Buritica Celis, pues tales aspectos son constatables de las documentales que fueron allegadas al plenario como lo son, el cuerpo contractual que vinculó a las partes, y las piezas procesales que dan cuenta de las gestiones adelantadas al interior de los procesos ordinario laboral y la continuación en ejecución, supuestos de facto, que se itera, fueron así declarados por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

el a quo, y sobre los cuales no se formuló censura alguna. En tal virtud, la Sala se releva del estudio de estos aspectos.

Pese a ello, y de conformidad con el recurso que presentó en la oportunidad procesal la parte demandada Alberto Buritica Celis, quien se encuentra representado por Curador *Ad Litem*, el estudio en sede de instancia se centrará, en primera medida, en determinar si el asunto debatido se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción o si por el contrario, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado, la demanda fue interpuesta dentro del término trienal que contempla la norma; como segundo asunto a debatir, esto en caso de no encontrar prosperidad la censura del accionado en torno al fenómeno extintivo, establecer cuál es el clausulado llamado a gobernar el asunto, para definir así la liquidación de los honorarios pretendidos.

Dicho lo precedente, comienza la Sala por indicar que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, por regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

De esta manera a fin de establecer si la acción fue interpuesta en el término trienal que contemplan las normas adjetivas y procesales que gobiernan la materia, se tiene que a folio 294 del expediente ejecutivo anexo como material probatorio, reposa memorial de revocatoria de revocatoria al poder conferido al profesional en derecho Néstor Julio Rey Rozo, y a su vez, se le confiere poder al Abogado Jaime Eduardo Vela Tello, mismo del que se advierte sello de recibido por el juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de octubre de 2011, seguido a ello, a folio 298 del cuaderno de pruebas, reposa memorial, mediante el cual,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

el Abogado Néstor Julio Rey Rozo sostiene que «... respetuosamente manifiesto al despacho que no tengo ninguna objeción para que se le reconozca personería al doctor **JAIME EDUARDO VELA TELLO**, toda vez que el cambio de apoderado se hizo a solicitud del demandante y con consentimiento del suscrito».

Ahora bien, como quiera que el fenómeno extintivo de la prescripción comienza a operar una vez se hace exigible la obligación, es menester de la Corporación determinar a partir de qué momento se hizo efectiva la revocatoria del poder al demandante. Con tal propósito, es menester indicar, que como el proceso se adelantó en el año 2012, aquel se regía por las normas establecidas en el C.P.C., por lo que al remitirnos al artículo «Con la constitución de un nuevo apoderado o sustituto se entiende revocado el poder o la delegación anterior, a menos que fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso. En aquel caso, el primer apoderado o el sustituto podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes a la revocación, que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso. El monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados».

En estos términos, es claro que con la simple constitución de nuevo apoderado se entenderá por revocado el poder inicialmente conferido, y en tal evento, el primer apoderado podrá pedir al juez, dentro de los 30 días siguientes a la revocación, que se regulen los honorarios mediante incidente que se tramitará independientemente al proceso que se adelanta ante la jurisdicción.

Así las cosas, como quiera que al interior del proceso ejecutivo con radicación interna 110013105031201000048900, reposa memorial de revocatoria de poder, el cual fue radicado ante el juzgado de conocimiento el 18 de octubre de 2011, y del que se desprende que el demandante informó que «... obrando en mi condición de demandante dentro del proceso de la referencia, comedidamente manifiesto a usted que por medio del presente escrito revoco el poder por mí conferido al doctor NESTOR JULIO REY ROZO....En su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

reemplazo me permito designar al doctor JAIME EDUARDO VELA TELLO... para que continúe con e trámite del presente proceso», diáfano resulta establecer, que el aquí accionante contaba con el término de 30 días para iniciar el trámite de incidente de regulación de honorarios, naciendo así el derecho el día siguiente a aquel en que se radicó ante la sede judicial el citado memorial de revocatoria, esto es, a partir del 19 de octubre de 2011.

En tal virtud, razón le asiste al curador *ad litem* del demandado Buritica Celis, al afirmar que el término extintivo de la prescripción ya había operado en el presente asunto. Así se afirma, por cuanto como se indicó en precedencia, la obligación se hizo exigible el 19 de octubre de 2011, contando así el demandante hasta el 19 de octubre de 2014, para acudir ante la jurisdicción o presentar reclamación ante el deudor, para así evadir las consecuencias propias de la extinción previstas en los artículo 488 del C.S.T., y 151 del C.P.L. y de la S.S., supuesto de hecho que no aconteció en el sub lite, pues ante la ausencia de reclamación de sus derechos ante los demandas, y al haberse presentado la demanda el 12 de febrero de 2015 (fl. 20), es que diáfano resulta indicar que el pluricitado fenómeno extintivo ya había operado respecto a las aspiraciones del demandante.

Ahora bien, en lo que atañe a la norma que resulta aplicable a los procesos como el que hoy nos ocupa, en el que se pretende la regulación de honorarios, en materia de prescripción, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral definió el asunto indicando que la materia está gobernada por las normas sustantivas laborales. Así, en la sentencia con radicación SL 1624 de 2017, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, moduló que:

«En lo que al ámbito jurídico concierne, resulta necesario destacar que, en reciente decisión, esta sala de la Corte precisó que los asuntos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

relacionados con el reconocimiento de honorarios causados por servicios profesionales de carácter privado debían tramitarse por los ritos del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, «... incluyendo, como se dijo, lo atinente al término de prescripción, aun cuando la relación jurídico-sustancial que aflora del convenio suscrito entre las partes encuentre venero en las disposiciones del Código Civil»

Conforme lo enunciado, no le queda otro camino diferente a la Sala que revocar la sentencia apelada, para en su lugar, declarar probado el medio exceptivo de prescripción propuesto por la parte demandada Alberto Buritica Celi, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en consecuencia, absolver a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

Dado la acreditación del medio exceptivo antes referido, esta Corporación se releva del estudio de las restantes problemáticas planteadas en esta instancia.

COSTAS: Se revoca lo resuelto en primera instancia, para en su lugar imponer costas a cargo de la parte demandante. En esta instancia sin lugar a su imposición dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **NÉSTOR JULIO REY ROZO** contra **ALBERTO BURITICA CELIS** y **JAIME EDUARDO VELA TELLO**, para en su lugar,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

declarar probado el medio exceptivo de prescripción propuesto por la parte demandada Alberto Buritica Celi. Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

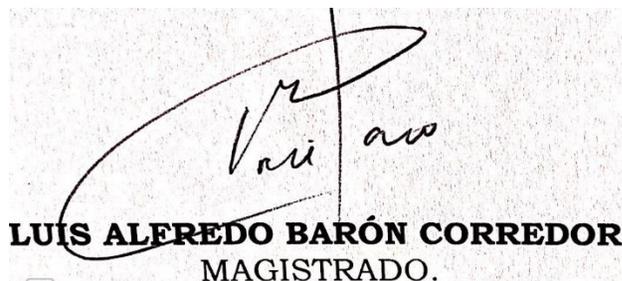
SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados **ALBERTO BURITICA CELIS** y **JAIME EDUARDO VELA TELLO** de las pretensiones formuladas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS: Se revoca lo resuelto en primera instancia, para en su lugar imponer costas a cargo de la parte demandante. En esta instancia sin lugar a su imposición dado el resultado de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
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 **JAVIER JARAMILLO LONDOÑO** CONTRA LA **NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y EL FONDO 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada

¹ «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

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JAVIER JARAMILLO LONDOÑO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad 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; en consecuencia, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a la AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales y rendimientos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación como si nunca hubiese existido el traslado de régimen pensional y recibir las sumas trasladadas por la AFP Porvenir S.A; que se declare nulo cualquier reconocimiento pensional que haya efectuado o que efectuó Porvenir S.A; que se ordene a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios o la indexación de las sumas reconocidas; que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público anule cualquier emisión de bono pensional realizada a favor del fondo privado; condenar a la AFP Porvenir S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados; las costas y agencias en derecho. (fl. 5 a 8 y 90 a 92).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 8 a 11 y 94 a 96 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el 31 de mayo de 1954; que ha laborado en diferentes entidades de derecho privado; que se vinculó al otrora Instituto de los Seguros Sociales desde 1976; que a 1° de abril de 1994, tenía más de 15 años laborados, sin embargo algunos empleadores no le efectuaron cotizaciones a pensión por lo que se acredita un poco menos de 750 de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que en el mes de abril del 2001, se afilió a la AFP Porvenir S.A; que al momento del traslado no se le informó de las ventajas o desventajas de un régimen y otro; que su consentimiento estuvo viciado; que nunca se le brindó información completa respecto a las consecuencias del traslado de régimen pensional; que en el mes de mayo de 2016, le fue reconocida la pensión de vejez en cuantía de \$606.720; que el 9 de julio de 2017, solicitó de Porvenir S.A., la anulación de la afiliación, sin que la accionada haya brindado respuesta a su petición; que para la misma data elevó petición ante Colpensiones, misma que le fue negada por la Entidad; que formuló requerimiento ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en procura de la anulación de las afiliaciones, sin obtener respuesta; que petitionó de la sociedad Distribuidora Vélez información respecto al número patronal con el que efectuó cotizaciones a pensión, petición que fue desatada en sede de tutela.

CONTESTACIÓN: La demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor, al considerar, en esencia, que el demandante se estuvo vinculado al RAIS, lo que lo hizo acreedor de la emisión de un bono pensional tipo A modalidad 2, mismo que fue redimido el 31 de mayo de 2016, al acreditar el actor la edad de 62 años, aspecto este que le impide hacerse beneficiario del traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de régimen pensional a la luz de las enseñanzas de la H. Corte Constitucional. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó, la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, buena fe y la genérica. (fl. 136 a 149).

A su turno, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que en el presente asunto se acreditó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, sumó a ello, que no se acreditó al interior del proceso la existencia de vicio alguno en el consentimiento del afiliado que decante en la anulación del negocio jurídico que celebraron las partes. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 171 a 179 y 193 a 201).

Por su parte, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, guardó silencio en torno al escrito demandatorio.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 22 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS acaecido el 20 de abril de 2001; **condenar** a Colpensiones a admitir el traslado del actor; **condenar** a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del accionante, tales como cotizaciones, costos cobrados por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administración y sumas adicionales con los respectivos intereses conforme lo prevé el artículo 1746 del C.C; **condenar** a Colpensiones a que una vez materialice el traslado de régimen, en virtud de la ineficacia del traslado, proceda de forma inmediata a estudiar y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor del demandante conforme lo dispuesto la Ley 797 de 2003; **ordenar** a Colpensiones que del retroactivo generado a favor del promotor del juicio descuenta las sumas que por concepto de mesadas pensionales le fueron canceladas por parte de Porvenir S.A., y proceda a remitir dichos montos a favor del fondo privado; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., y al Ministerio de Crédito y Hacienda Público a realizar todas las gestiones necesarias para la anulación del bono pensional tipo A modalidad 2, emitido y redimido en favor del actor, y una vez anulado dicho bono, Porvenir S.A., deberá remitir a la Cartera las sumas que por concepto del referido bono hubiese recibido en favor del accionante. (fl. Cd. 204).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto el demandante no acreditó ser beneficiario del régimen de transición lo que le impide el efectuar el traslado en cualquier tiempo, pese a ello, se hace necesario abordar el estudio del asunto bajo la óptica de la eficacia del traslado, así, al descender en el *sub lite*, se tiene que el deber de información para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y la evolución normativa que el tema ha tenido sobre el particular, desde dicha preceptiva normativa ya se conocía el concepto de deber de información y buen concejo, mismo que no se acreditó en el devenir del proceso por parte de la AFP demandadas y que decanta en la ineficacia del traslado y la afiliación del demandante al RAIS, sin miramiento alguno si el afiliada es o no beneficiaria del régimen de transición. En cuanto al derecho pensional, al no ser beneficiario el demandante del régimen de transición, y al retrotraerse las cosas a su estado inicial, surge patente la obligación por parte de Colpensiones del estudio de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación pensional bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, y el deber de Porvenir S.A., a la devolución de todos los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **JAVIER JARAMILLO LONDOÑO**, censuró parcialmente la anterior decisión, al considerar que no resulta procedente la orden encaminada a que del retroactivo pensional que sea reconocido, se le descuenten las sumas que por concepto de mesada pensional le ha pagado el fondo Porvenir S.A., en tanto las mesadas pensionales que ha pagado el fondo privado que faltó a sus deberes hacen parte de la indemnización del daño causado y Porvenir no puede pretender su devolución o pago, suma a ello, no resulta admisible la no condena por concepto de costas, pues debe tenerse en cuenta que la parte vencida en el proceso debe reconocer dichas condenas, máxime cuando aquella ejerció oposición a las pretensiones de la demanda.

A su turno, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró la decisión adoptada por la sentenciadora de primera instancia, al considerar que, en el presente caso no había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que un pensionado no puede efectuar el traslado de una administradora a otra, y sí se tiene en cuenta que el actor ya se encuentra pensionado, es que no resulta prospera tal declaración, suma a lo anterior, que de existir la citada ineficacia o nulidad, la misma fue objeto de ratificación por parte del demandante conforme a lo previsto en el Código Civil Colombiano. Por último, peticiona la revocatoria de la condena en lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

referente a la devolución de los gastos de administración dado que los mismos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993. }

Por su parte, la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, formuló recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que si bien es cierto, hubo un pronunciamiento en torno a la devolución del bono pensional, también es cierto, que el dinero salió de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público hace más de 2 años, los culés deberían ser indexados al momento en que la AFP haga la devolución, sumó a lo anterior, que no se demostró que el demandante se beneficiara más de la prestación que reconozca Colpensiones, lo que atenta directamente contra el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, misma que permite el traslado de los afiliados y no de los pensionados.

Por último, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no resulta acertada la declaratoria de la ineficacia declarada, en tanto el demandante goza del reconocimiento de la prestación pensional por parte de la AFP Porvenir S.A., lo que permite ratificar el deseo de permanecer vinculado en el RAIS, del mismo modo señala, que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo con el cumplimiento de los exigencias legales que imprimía la norma para la fecha de afiliación, por lo que mal podría exigírsele a la AFP carga probatoria que no estaba contemplada por la ley, suma a ello, que no se probó vicios en el consentimiento que decantaran en la anulación del acto jurídico de vinculación. Por último, señala que no resulta acertada la orden de devolución de los ahorros obrantes en la cuenta de ahorro de la demandante, ello por cuanto el demandante ya se encuentra pensionado lo que permite concluir que dicha cuenta ha sufrido una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

descapitalización, del mismo modo se permite censurar la devolución de las mesadas pensionales por parte de Colpensiones a favor de Porvenir S.A.

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 parte actora la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, ello, al sostener, que en el presente asunto se acreditaron los presupuestos para que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación, como así se determinó en primera instancia, sin embargo, en lo que atañe a la compensación de dineros, explica que el afiliado de buena fe, tiene derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas, contrario a ello, la AFP, debe asumir dicha consecuencia como un deterioro de la cosa entregada en administración. Por último, y en lo que atañe a la decisión de no condenar en costas a las demandadas, tal determinación no encuentra asidero en tanto las costas procesales son la consecuencia de haber sido vencido en el proceso y se encuentran previstas en el artículo 365 del C.G.P.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que en ningún momento al interior del proceso se probó vicio del consentimiento que decanten en la anulación del acto jurídico, sumado a que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Por último, señaló que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 1993, lo que le impide retornar en cualquier tiempo al RPM.

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., peticionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que en el hipotético evento de haber existido una nulidad relativa en el acto de traslado del demandante al RAIS, el cual derivaría en su ineficacia; debe entenderse que la misma fue saneada con los actos de ratificación posteriores efectuados por la demandante, sumó a ello, que los descuentos por gastos de administración no pueden considerarse un detrimento derivado del traslado al RAIS; pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dichos descuentos por gastos de administración, también se hubieran causado, de permanecer la demandante en el RPMPD.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 55 a 57 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes tanto demandante como 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 nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por JAVIER JARAMILLO LONDOÑO al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

Del mismo modo, y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si hay lugar a la devolución de suma alguna por concepto de mesada pensional ya sufragada a cargo de Colpensiones y a favor de Porvenir S.A., así como si hay lugar a la indexación de las sumas que se deberán devolver por concepto de reintegro del bono pensional. Por último, estudiar la procedencia de condena en costas en primera instancia.

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. 34); relación de aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

emitido por Porvenir S.A. (fl. 35 a 39 y 205 a 213)); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 40 a 46); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 47 a 49); comunicado de reconocimiento pensional emitido por Porvenir S.A. (fl. 50 a 52); derecho de petición elevado ante Porvenir S.A. (fl. 53 y 54); reclamación administrativa (fl. 55 a 57); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 58); petición radicada ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 59 a 61); respuesta emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 150); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 151 a 154); Resolución 15351 emanada por la Cartera (fl. 155 a 166); expediente administrativo (fl. 180); .

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.



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

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

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

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de enero de 1976 tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente a folios 47 y 48, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 20 de abril del 2001 (fl. 35), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 pues el fondo privado no aportó prueba alguna que acreditara el cumplimiento de dicho deber.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que para la fecha en que se dio el traslado, el asesor de la sociedad demandada tan sólo le informó que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar, y que las cotizaciones que aquel había depositado se podían perder, sin que más allá de ello, se extraiga que al actor se le haya brindado asesoría alguna en torno a las condiciones propias de cada uno de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado. (Cd. Fl. 204).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 del demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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

Por manera que, como en el plenario, se itera, no obran pruebas que determinen que la manifestación del demandante para vincularse al RAIS se llevó a cabo de manera consiente, libre y espontánea en cuanto a las implicaciones que ello le entrañaba de cara a su derecho pensional, surge palmario el vicio del consentimiento que hace ineficaz el traslado de régimen, de ahí que no haya lugar a revocar la decisión de primer grado en este sentido.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a que dichos gastos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

(...)



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

En tal virtud, no le asiste razón a la apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que 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.

DE LA PENSION DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si el demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la demandante nació el 31 de mayo de 1954, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 34 del informativo, lo que implica que cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2016, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran a folios 40 a 46, se establece que cotizo 1.824 semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

En tal virtud, es claro para la Sala que se cumple por parte del demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, prestación que deberá ser liquidada, de manera inmediata, por parte de Colpensiones, una vez sea redimido el bono pensional y se traslade el valor los dineros a cargo de la AFP Porvenir S.A., tal como fuera expuesto en primera instancia. Razón por la que se confirmará la decisión allí adoptada.

Ahora, como quiera que con posterioridad al acto de traslado el demandante solicitó el reconocimiento pensional, resulta preciso señalar que conforme al precedente fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que se debe revisar en estos casos es si al afiliado se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico, pues las actuaciones realizadas a posteriori no sanean los vicios que se presentan al momento de la celebración del mismo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Criterio que fue tratado por el Órgano de cierre en materia laboral en sentencia de 8 de mayo de 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, oportunidad en la que enseñó:

«... 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».

Y es justo esta intelección la que acoge la Sala de Decisión, pues en esencia lo que se debate en torno a la ineficacia de afiliación es la validez de acto jurídico, esto es, si el negocio celebrado entre el afiliado y la Administradora del Fondo pensional estuvo sujeto a los mandatos legales que le imprime el legislador a dicho tipo de actos, o si por el contrario, el mismo contiene vicios que puedan desembocar en su anulación; así, en manera alguna, se entra a calificar las expectativas pensionales que ostenta el afiliado, o si el mismo ya consolidó el derecho, se itera, el asunto se centra en la validez del acto jurídico que confluó en el traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que a la fecha el demandante disfruta de la prestación pensional que le otorgó el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo que, al declararse la ineficacia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado de régimen, y al retornar el demandante al régimen de prima media con prestación definida, es conclusivo, que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, una vez aquella reciba los dineros que traslade el fondo privado y se redima el bono pensional ante la Cartera Ministerial.

Así mismo, Colpensiones sólo está obligada a asumir el pago de la mesada pensional una vez le sean trasladados los dineros para financiar el derecho, motivo por el cual, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a que continúe pagando la mesada pensional hasta tanto traslade a Colpensiones todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor junto con los rendimientos, frutos y bonos pensionales, sin realizar ninguna deducción referente a gastos de administración como se indicó en precedencia, ello, conforme los derroteros establecidos por la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 2008.

A esta altura, 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.

DE LA DEVOLUCIÓN DE DINEROS PRODUCTO DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL EFECTUADO POR LA AFP PORVENIR S.A.

En cuanto a la devolución de dineros producto del reconocimiento pensional efectuado por la AFP Porvenir, en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a favor de dicho fondo privado, basta con decir, que de conformidad con lo enseñado por la Corte



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en citada sentencia 31989 de 2008, las consecuencias de la anulación de la vinculación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, tiene la virtualidad de no producir efectos, es decir, que a partir del momento en que se declara la nulidad o ineficacia del acto jurídico, priva hacia futuro de todo efecto, a la demandada, esto es, no se puede derivar ningún derecho u obligación por parte del actor y a favor de la AFP, por mesadas pensionales o gastos de administración; de esta manera, la ineficacia de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando.

Pese a ello, se ordenará a Colpensiones que, al momento de reconocer y pagar la pensión de vejez del actor, descuenta las sumas dinerarias que por este mismo concepto haya percibido el señor Jaramillo Londoño con ocasión al reconocimiento efectuado por la AFP Porvenir S.A; ello, en aras de evitar un enriquecimiento sin causa, en tanto no es posible acoger la tesis planteada por la parte demandante, en el entendido que dichos dineros hagan parte del resarcimiento de los perjuicios causados, pues para que proceda dicha condena, debió probarse el daño ocasionado, aspecto que no acaeció en el *sub lite*, así lo enseñó el órgano de cierre en materia laboral en la providencia 31989 de 2008, oportunidad en la que la alta Corporación moduló que:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

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

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

En tal virtud, habrá de modificarse la condena impuesta por este concepto, en el entendido de ordenar a Colpensiones a que del retroactivo pensional generado en favor del actor, descuenta las sumas dinerarias que por este mismo concepto haya percibido el señor Jaramillo Londoño con ocasión al reconocimiento efectuado por la AFP Porvenir S.A.

DE LA DEVOLUCIÓN DE DINEROS PRODUCTO DE LA REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL TIPO A EMITIDO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Al punto, se tiene que los bonos pensionales constituyen capitales destinados a conformar el haber necesario para financiar las pensiones de aquellos usuarios que se encuentren afiliados tanto al régimen de prima media con prestación definida, como al régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por la cual, se han constituido 5 clases



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de bonos pensionales, a saber, tipo A, B, T, C y E, para el caso que nos ocupa, la Sala centrará el estudio de los bonos tipo A y B.

De este modo, los bonos tipo A, son aquellos que se emiten cuando el afiliado se traslada del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, responsabilizándose la Nación de aquellos aportes efectuados al ISS con anterioridad al 31 de marzo de 1994 y con posterioridad a dicha data, es responsabilidad de la entidad que administra el régimen de prima media el reconocimiento; entre tanto, los bonos tipo B, son aquellos emitidos a la administradora de régimen de prima media con prestación definida exclusivamente, y corresponden a aportes por tiempos públicos efectuados a otras cajas o fondos diferentes al RPM.

Para efectos de la emisión de dichos bonos, será las entidades obligadas a liquidar, emitir y expedir el bono pensional, como la Nación, Colpensiones y los empleadores públicos y privados que reconocían y pagaban sus propias pensiones, en el caso bajo examen, como quiera que el demandante cotizó tiempos con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la entidad encargada de emitir dicho haber pensional, como así lo hiciera en su momento al solicitar el demandante el reconocimiento de la prestación.

En este contexto, existe una obligación por parte del fondo de pensiones privado que reconoció la prestación pensional, en devolver a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el bono pensional tipo A que fue redimido con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez del actor, en tanto la Cartera Ministerial debe liquidar y emitir el bono tipo B que financiará las prestaciones del demandante y que serán reconocidas por la administradora del Régimen de Prima Media con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Prestación Definida, mismo que contempla una forma de financiación diferente en cada uno de los regímenes pensionales existentes.

En ese orden de ideas, corresponde a la demandada AFP Porvenir S.A., de devolver los dineros que percibió con ocasión de la redención del bono pensional, ello debidamente indexado, como así lo expuso la demandada Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en tanto los dineros que fueron entregados por dicha Entidad fueron desembolsados en el año 2016, razón por la que surge necesaria la indexación de las sumas reconocidas a efectos de suplir la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, debiéndose modificar la sentencia en este aspecto.

Por último, la parte convocante a juicio, se duele de la no imposición de costas a cargo de las demandadas, al considerar que tal condena surge como consecuencia lógica de haber sido derrotadas en el proceso y haber ejercido oposición a las pretensiones 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 le asiste razón a la parte demandante al reprochar la no imposición de condena en costas en cabeza de las accionadas, pues como se indicó en precedencia, la parte demandante 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*.

En esa medida, habrá de revocarse la sentencia apelada, en el entendido de condenar en costas de primera instancia a las encartadas dadas las resultas del proceso, y para tal efecto se deberán liquidar las mismas por el *a quo*.

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y el Fondo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., 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: REVOCAR el numeral **NOVENO** de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 27 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JAVIER JARAMILLO LONDOÑO** contra la **NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, para en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a las encartadas dadas las resultas del proceso, y para tal efecto liquídense las mismas por el *a quo*.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia de la referencia, en el entendido de **CONDENAR** a Colpensiones a que una vez materialice el traslado de régimen aquí ordenado, en virtud de la ineficacia del traslado, de forma inmediata proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez del actor conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003; del mismo modo, se **CONDENA** a la AFP Porvenir S.A., a que continúe pagando la mesada pensional hasta tanto traslade a Colpensiones todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor junto con los rendimientos, frutos y bonos pensionales, sin realizar ninguna deducción referente a gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 27 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JAVIER JARAMILLO LONDOÑO** contra la **NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, en el entendido de **ORDENAR** a Colpensiones a que del retroactivo pensional generado en favor del actor, descuente las sumas dinerarias que por este mismo concepto haya percibido el señor Jaramillo Londoño con ocasión al reconocimiento efectuado por la AFP Porvenir S.A., para lo cual dicho fondo privado allegará a Colpensiones la documental correspondiente en la que se acredite las sumas canceladas mes por mes por concepto de pensión del accionante, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia recurrida, en el entendido de **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la AFP Porvenir S.A., a realizar todas las gestiones necesarias para la anulación del bono pensional tipo A modalidad 2, emitido y redimido en favor del actor, y una vez anulado dicho bono, la demandada AFP Porvenir S.A., de deberá devolver los dineros que percibió con ocasión de la redención del bono pensional, ello debidamente indexado, ante la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEXTO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., 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 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HONORIO LAVERDE BAUTISTA** CONTRA **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HONORIO LAVERDE BAUTISTA** a través de apoderado judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 14 de marzo de 2008, junto con el retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios, perjuicios morales, costas y agencias en derecho (folio 60).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 53 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 9 de enero de 1968 y sufrió un accidente laboral el 14 de marzo de 2008, circunstancia que implicó una pérdida de capacidad laboral superior al 75% ante la afectación de su movilidad al quedar en silla de ruedas y necesitar de otra persona para sus necesidades básicas. Aduce estar afiliado a riesgos profesionales a cargo del Instituto de Seguro Social hoy Positiva S.A. desde el 13 de marzo de 2008; que solicitó el reconocimiento prestacional desde el 18 de noviembre de esa anualidad, misma que fue decidida desfavorablemente al argumentar la pasiva que la afiliación se presentó el mismo día del accidente, desconociendo que el formulario de vinculación demuestra como fecha el 13 de marzo de 2008. Concluye anunciando que tiene a cargo su familia, que corresponden a 2 menores de edad abandonados por su excompañera con ocasión al accidente laboral.

CONTESTACIÓN: La demandada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el formulario de afiliación fue radicado a la ARL hasta el 14 de marzo de 2008, ello es, el mismo día del accidente de trabajo; lo que impide el reconocimiento de la prestación por falta de cobertura. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de la obligación; enriquecimiento sin justa causa;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prescripción; buena fe y, las que se prueben en el curso de las diligencias (folios 87 a 94).

A su turno, el *litis consorte* necesario **UGPP** adujo su rechazo a los reclamos demandatorios por considerar que no se ha aprobado lo pretendido en la demanda sumado a que se encuentran claramente expuestos los hechos de la solicitud. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; imposibilidad de condena en costas; falta de título y causa y, genérica (folios 198 a 209).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 2 de septiembre de 2020, resolvió **absolver** a la ARL POSITIVA S.A. y la UGPP de todas las pretensiones incoadas por HONORIO LAVERDE BAUTISTA; **declarar probada** la excepción de inexistencia de la obligación, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos y, **condenar** en costas a la parte demandante (CD a folio 257).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que si bien el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, tal como da cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca; lo cierto es que para el momento del accidente de trabajo no se encontraba con cobertura en el régimen de riesgos laborales, según denota el formulario a folios 220 y 102, que señalan la radicación el mismo día del accidente de trabajo, lo que impide fulminar condena al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis que no se encuentra en discusión la fecha del accidente de trabajo, que se produjo el 14 de marzo de 2008. Persistiendo la disidencia, en la incongruencia vista en el documento de afiliación, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tanto reporta como fecha de afiliación el 13 de marzo de 2008 y con un sello del 14 de marzo de 2008, debiendo entenderse que se legalizó el 13 del mencionado mes y año. Solicita entonces, se analice de manera detallada la referida documental, conforme a la jurisprudencia que relata el momento de inicio de cobertura, reclamando de las entidades el deber de cuidado al suscribir el formulario, para diferenciar cuál es la que impone el empleador y cuál es la fecha en que se está radicando.

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 del fallo de primera instancia, indicando que la afiliación al Instituto de Seguro Social – Riesgos Profesionales, lo fue desde 13 de marzo de 2008 como da cuenta el formulario de afiliación, estando cubierto para el día del accidente laboral.

Parte demandada: Reclama la **UGPP** se confirme la resolución de primera instancia, por incumplimiento de los requisitos de ley y al estar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si el accionante para la data del accidente de trabajo se encontraba cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales y, a consecuencia de ello, resulta beneficiario de la pensión de invalidez.

PENSIÓN DE INVALIDEZ – AFILIACIÓN

De cara a analizar el objeto de debate planteado, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiaran el *examine* y la posible construcción o deconstrucción de las tesis planteadas por el extremo procesal demandante.

Conforme a ello, esta Colegiatura precisa que en tratándose de riesgos por actividades ejecutadas en el marco de una relación laboral, se ha concretado la ocurrencia de dos posibles responsabilidades, a saber, las subjetivadas y objetivadas, siendo éstas, las últimas, las que conducen a la reparación de daños a cargo de las administradoras de riesgos profesionales, inherente al reconocimiento de beneficios o prestaciones económicas cuando el acreedor se encuentra afiliado al sistema. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral enseñó en las sentencias bajo rad. 39446 de 2012, reiterada en la SL 16792 de 2015 y SL 10186 de 2007, que:

*«(...) en materia de riesgos profesionales, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciadas; **una de tipo objetivo, derivada de la relación laboral, que obliga a las administradoras de riesgos profesionales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales***

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.

Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional” (...)» (resalta fuera de texto)

Así, bajo el amparo del sistema de riesgos profesionales, se garantiza el pago de prestaciones económicas como incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y, a su vez, de aquellas tituladas como asistenciales, que abarcan atención integral del accidente como promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación (Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1072 de 2015).

Es en cumplimiento de las anteriores obligaciones encomendadas a las administradoras, que en el evento de presentarse el riesgo laboral y, con ello, el pago de prestaciones monetarias, la entidad que en su momento tenga la afiliación del trabajador deberá ejecutar su reconocimiento, conforme lo enseña el parágrafo 2º, artículo 1º de la Ley 776 de 2002, que a la letra refiere:

«ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES. *Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación (subraya fuera de texto)»

Atendiendo las pautas que preceden, innegable resulta concluir que la institución reclamada por la parte convocante a juicio, en efecto, se encuentra establecida dentro de la normatividad nacional y se materializa al haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad laboral, al tenor del art. 10 de la Ley 776 de 2002. Para ello, la invalidez debe encontrarse debidamente calificada por el órgano competente en el que se establezca con precisión la fecha de estructuración de la invalidez la que puede ser anterior, o corresponder a la fecha de declaratoria de la pérdida de capacidad laboral, según lo instituido en el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014.

Ante tal espectro, le concernía al reclamante jurisdiccional demostrar como pauta fundante y de apertura a la pensión de invalidez, el ostentar la condición de afiliado al subsistema bajo análisis. Sin que pueda olvidarse que la afiliación no emana inmediata a la radicación del formulario de afiliación, ni mucho menos al querer de las partes, pues en tratándose de riesgos profesionales el literal k, artículo 4° del Decreto 1295 de 1994 al fijar las características que gobernaría el citado, señaló:

«ARTICULO 4o. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA. *El Sistema General de Riesgos Profesionales^{<1>} tiene las siguientes características:*

(...)

k. La cobertura del sistema se inicia desde el día calendario siguiente a la afiliación.»

En ese orden y de una lectura de las probanzas incorporadas a las diligencias, no se encuentra error en la determinación impartida por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Juez de primera instancia pues hallándose indiscutible que el accidente de trabajo se generó el 14 de marzo de 2008 en la jornada de la mañana, según da cuenta el reporte de historia clínica militante a folios 8, 9 y 103 del diligenciamiento, lo propio era que, por lo menos, el día calendario anterior a esa data se hubiese radicado el formulario de vinculación a la ARL por el dador de laborío, al tenor de lo dispuesto en el numeral k, artículo 4°, Decreto 1295 de 1994.

No obstante, revisado el legajo contentivo de la solicitud de vinculación a riesgos profesionales, en su entonces administrado por el Instituto de Seguros Sociales, se vislumbra que cuenta con fecha de diligenciamiento del 13 de marzo de 2008, pero con sello de radicación ante el ente de seguridad social, solo hasta el 14 de símil mes y año, y con hora de radicación 06:11 p.m. (CD folio 220)

Lo precedente da cuenta que, siendo radicada la vinculación de HONORIO LAVERDE a la ARL Seguros Sociales el 14 de marzo de 2008, sería solo a partir del día calendario siguiente, ello es, el 15 de marzo de 2008, que iniciaría la cobertura para los riesgos que protege el sistema de riesgos del trabajo según las disposiciones que rigen el *sub examine*; supuesto que adicional, impedía la ejecución de funciones por carencia de protección.

De suerte que, al reclamarse la pensión de invalidez a una administradora con la cual carecía de nexo el accionante para el momento del infortunio, indiscutible emana la confirmación del fallo de primera instancia, se *itera*, por ausencia de obligación en el otorgamiento de beneficios prestacionales o asistenciales por la parte pasiva, respecto de quien se encaminan las pretensiones de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000. 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.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 2 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HONORIO LAVERDE BAUTISTA** contra **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

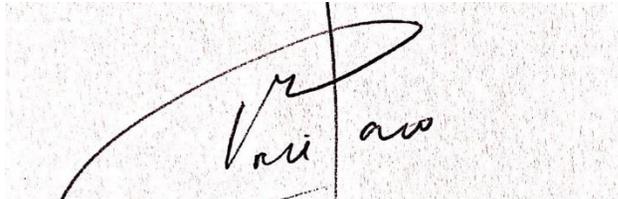
SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000. Líquidense en primera instancia.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



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 **CARMEN ROCIO TELLEZ BLANCO** 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 treinta (30) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**

¹ «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

identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Bogotá y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **CARMEN ROCIO TELLEZ BLANCO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación adelantada al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 15 de enero de 2000, por existir engaño y asalto a su buena fe; como consecuencia de lo anterior se ordene a PORVENIR S.A. que retorne a la afiliada a COLPENSIONES con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos en intereses y los rendimientos; se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante y mantenerla como afiliada desde el 18 de junio de 1988 sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho (folios 59 y 60).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 60 a 62 de las diligencias, manifestando en síntesis que nació el 1° de noviembre de 1964 y se encontró afiliada a CAJANAL del 18 de julio de 1988, logrando un total de 696 semanas. Indica que mientras se encontraba laborando, en enero del 2000 un asesor de AFP COLPATRIA a través de un acoso sistemático le ofreció beneficios superiores como el acceso a la pensión con anterioridad al cumplimiento de los requisitos, así como le mencionó que el Instituto de Seguros Sociales y CAJANAL desaparecerían con la pérdida del tiempo cotizado. Advierte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

que logró aportar al Sistema General en Pensiones un total de 1522 semanas, de las cuales 826 lo fueron en el régimen de ahorro individual. Que radico ante las demandas derecho de petición pretendiendo el retorno al RPM con la nulidad del traslado, el cual fue decidido de manera desfavorable. Finalmente aduce que PORVENIR S.A. realizó simulación pensional, la cual dio cuenta de la falta de acceso a una prestación a la edad de 57 años, debiendo esperar hasta el arribo de los 61 años y con una mesada equivalente al mínimo vital.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el traslado realizado lo fue en ejercicio del derecho de la libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; sumado a que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó el traslado. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 84 a 88.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestando que su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la afiliación fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, como da cuenta la solicitud de vinculación que se presume auténtica al tenor de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54a del CPT. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y, las que se prueben en el curso del litigio, folio 117 a 138.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

celebrada el 2 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la vinculación de la demandante a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. realizada el 25 de enero del 2000 y, por ende, la ineficacia de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. En consecuencia se ordena el regreso automático sin solución de continuidad a COLPENSIONES; **condenar** a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad; **condenar** a PORVENIR S.A. a hacer devolución a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubiere causado y realizar la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados; deberá allegarse la documental correspondiente para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponde a lo establecido en esta sentencia, devolución que deberá hacerse en un término de quince días a partir de la ejecutoria de esta sentencia; **condenar** a COLPENSIONES a que una vez ingrese los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante provenientes de PORVENIR S.A., debe revisar que corresponda a lo ordenado en esta sentencia y que se halla realizado la devolución de cuotas y gastos de administración, junto con los dineros en la cuenta individual y que sea en los términos de la parte considerativa de esta sentencia, y deberá registrar las semanas cotizadas en el RAIS para efectos de pensión; **declarar** no probadas las excepciones probadas y, **condenar en costas** a PORVENIR S.A. (CD folio 147 vuelto).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que de las pruebas incorporadas no se logra evidenciar la entrega de una información íntegra y objetiva acerca del régimen de ahorro individual, para la época del traslado, en la medida que las posteriores re asesorías no convalidan el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

carencia inicial; momento en el cual, ya se encontraba la obligación de brindar una información junto con la entrega del plan pensional y reglamento, deber que confesó no haber cumplido la pasiva en el interrogatorio de parte.

RECURSO DE APELACIÓN: La demandada **PORVENIR S.A.** **interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación,** aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que no debían usarse los criterios jurisprudenciales esbozados por la Juez de conocimiento, en la medida que no son equivalentes los supuestos fácticos con el de la activa; a más que, del interrogatorio de parte de la demandante se denotó el conocimiento específico del sistema como la existencia de una cuenta individual y la generación de rendimientos, sumado a la realización de aportes voluntarios sin importar que ello lo fuera a través del empleador y por un monto mínimo, concluyendo en la aceptación del régimen tributario y pensional por la no diligencia en su retorno al RPM que, conforme decisiones de la CSJ, permiten denotar una ratificación con vocación de permanencia. Reclama la falta de acierto en el traslado de la prueba y la no atención al formulario de afiliación, el cual no solo fue suscrito de manera libre, sin presiones o acoso sistemático, sino que se fue avalado por la Ley 100 de 1993, es un documento público que cumple con las normas de la data de traslado. Precisa que al no ser beneficiaria del régimen de transición no demuestra un perjuicio irremediable, e impedía la ejecución de una proyección pensional al no poder preverse cómo serían sus ingresos posteriores, aunado a qué tal obligación nació a partir del año 2010. Indica que debe protegerse el sistema general sobre el interés particular, conforme lo enseñado por la Corte Constitucional, evitándose así una descapitalización al RPM pues el reparo solo atañe el monto de su plan de pensión. Concluye que solo deben retornar los rendimientos, en tanto los gastos de administración se encuentran dispuestos en el artículo 113, literal B de la ley 100 de 1993 y generaría un enriquecimiento sin justa causa por Colpensiones frente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

beneficios para periodos que no fueron administrados por ellos; resaltan que esa orden es igual que pedirle a una aseguradora la devolución de la póliza.

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 solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, aduciendo que *«la AFP PORVENIR S.A no ha demostrado de ninguna manera que a mi prohijada al momento del traslado de régimen pensional se le haya presentado una información CLARA, COMPLETA, COMPRENSIBLE, TRANSPARENTE, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia que DEBIAN CUMPLIR LAS administradoras de fondos de pensiones al momento del traslados del régimen pensional o de las afiliaciones de potenciales afiliados en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo».*

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen, al no alegar ni probar ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Preciso que *«el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte, sumado a que el referido documento fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado de la activa al RAIS tiene plena validez; sumado a que no «*obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual*».

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma el 4 de septiembre de 2018, folio 46 de las diligencias.

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 la apelante, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CARMEN ROCIO TELLEZ BLANCO al régimen de ahorro individual administrado por COLPATRIA hoy 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 y registro civil de nacimiento (fls. 11 y 12), certificación laboral (fls. 13 a 15), simulación pensional (folios 24 y 25), certificación emitida por Porvenir S.A. (fls. 26), historia laboral y reporte de semanas cotizadas (folios 27 a 30), reclamaciones administrativas y su respuesta (folios 31 a 53), formulario de traslado (folio 54), declaraciones extra-proceso (folios 55 a 57), expedientes administrativos obrantes en las demandadas (CD folio 93, 141 y 142) e interrogatorio de parte absuelto por la demandante y la representante legal de Porvenir S.A. (medio magnetofónico folio 147).

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»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

3 de abril, 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 Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL desde le 18 de julio de 1988 (folio 13), para luego trasladarse a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 28 de enero de 2000 (folio 54), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones como dan cuenta los folios 27 a 30; 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 54.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social y Cajanal se encontraban en malas condiciones con la posible pérdida de los aportes, siendo solo en ese fondo que lograría una pensión antes de la edad y de las semanas cotizadas, con intereses y en términos similares a los del sistema público, resaltando la solidez financiera de ese ente; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual, al punto que no le informaron aspectos básicos de ese sistema como los aportes voluntarios. Atinente al interrogatorio parte absuelto por la Representante Legal de PORVENIR, nada disímil se extrae a lo aludido en la contestación de la demanda y el devenir probatorio, limitándose en resaltar que la asesoría fue de manera verbal y que la proyección pensional se entregó hasta que la activa la solicitó con posterioridad traslado (CD a folio 147).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

Ahora, interesa advertir que aun cuando al momento del traslado la demandante se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE (fl. 13), también lo es que, con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

En las condiciones analizadas, si bien en virtud de los efectos de la declaratoria de nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en principio podría pensarse que la demandante quedaría válidamente afiliado a Cajanal, en atención de la liquidación de esta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

última entidad y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto Instituto de Seguros Sociales, resulta procedente ordenar a la AFP PORVENIR efectuar el traslado de la totalidad de los aportes elevados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a la demandada Colpensiones.

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 el reparo elevado por la profesional del derecho de la administradora del régimen de ahorro individual, respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no encuentra yerro en la disposición impartida por la Juez de primera instancia, 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

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, sin que salga adelante el reparo invocado por COLPENSIONES. En esta segunda instancia las costas lo estarán a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cargo de la apelante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000, liquídense 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 Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 2 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARMEN ROCIO TELLEZ BLANCO** contra la **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 las costas lo estarán a cargo de PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una, liquídense en primera instancia.

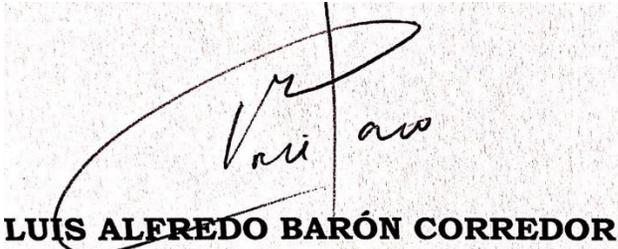
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA LIDA CAMPOS RUIZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** Y EL **FONDO 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada

¹ «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

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ANA LIDA CAMPOS RUIZ** 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 Colfondos S.A, y las que se dieron con posterioridad a aquella; en consecuencia, solicita se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, así mismo, solicita se condene a Colpensiones a recibir a la accionante junto con los valores que traslade la AFP Porvenir S.A; condenar a las AFP a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 2).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 1 de las diligencias, que en síntesis advierten, que para el interregno de 20 de junio de 1989 al 1° de junio de 1993, laboró para el Departamento de Boyacá y efectuó aportes a la Caja de Previsión Social de Boyacá; que entre el 1 | de junio de 1993 y el 31 de octubre de 1994, laboró para la Procuraduría General de la Nación y aportó a pensión a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal; que el 9 de septiembre de 1994, se trasladó de régimen pensional, siendo electo para tal fin la AFP Colfondos S.A; que dicho traslado no se dio de forma libre y voluntaria, ello en tanto no se le brindó la correspondiente información en torno a las implicaciones que acarrearía el citado traslado; que la AFP no le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

brindó la asesoría e información respecto de la diferencias existentes entre un régimen pensional y otro; que en el mes de enero de 2013, se trasladó horizontalmente de fondo pensional, esta vez a la AFP Porvenir S.A; que solicitó de Colpensiones la anulación del traslado de régimen, petición que fue resuelta en el mes de diciembre de 2018, de forma negativa.

CONTESTACIÓN: la accionada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, contestó la demanda oportunidad en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda y que se dirían en contra suya, al considerar en esencia, que el deber de información surgió a la vida jurídica sólo hasta el 2014, con la promulgación de la Ley 1748 de 2014 y posteriormente con la emisión del Decreto 2071 de 2015, por lo que no resulta admisible imponerle a la AFP una carga disímil a la establecía al momento en que se celebró el negocio jurídico, sumó a ello, la decisión de la accionante surgió como una decisión libre u voluntaria de la afiliada, sin que en el proceso se acredite la existencia de vicio alguno que decante en la anulación de la afiliación de la demandante. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica. (fl. 102 a 126).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en síntesis, que no resulta procedente la declaratoria de la nulidad del traslado, en tanto no se acredita que el acto jurídico contenga vicios en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

el consentimiento que afecten su validez, así mismo señaló, que la información suministrada a la afiliada estuvo acorde con aquella que preveía la ley para el momento del traslado, en tal virtud, la AFP brindó la información oportuna y suficiente que se requería por la legislación que gobernaba la materia para el momento de la suscripción del formulario de afiliación. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de 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 la innominada o genérica. (fl. 142 a149).

Por último, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar, en síntesis, que del escrito de demanda se puede colegir que la demandante, al momento del traslado, contaba con plena autonomía para cambiarse de régimen pensional, entanto al firmó la afiliación sin que mediara presión alguna, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, lo que le impide efectuar el traslado de régimen pretendido en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 163 a 168).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 5 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la relación jurídica de afiliación,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la demandante a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., suscrita el 9 de septiembre de 1994, así como la celebrada con la AFP Porvenir S.A., el 28 de noviembre de 2012; **condenar** a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la devolución de saldos, aportes y rendimientos de la demandante con destino a Colpensiones; **condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto de los aportes, saldos pensionales y rendimientos, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular; **absolver** a las demandada de las demás suplicas de la demanda. (fl. Cd. 151 y 152).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que de conformidad con lo dispuesto en el salvamento de voto incorporado por los Magistrados Echeverri Bueno y Quiroz Alemán, no resulta procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado en todos los casos, sino que en cada caso particular se debe examinar la verdadera afectación al derecho pensional y la pérdida del régimen de transición; así del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó la existencia de los elementos que dan vía a la declaración de la nulidad del traslado, sin embargo, sí se constató la ausencia del deber legal por parte de las AFP Colfondos S.A., y Porvenir S.A., 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, petitionó la revocatoria de la sentencia apelada, por considerar, que viene sentado por la Corte Constitucional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que el traslado de regímenes pensionales no pueden proceder sin miramiento a lo previsto en el artículo 2° De la Ley 797 de 2003, en tanto dicha norma procura la salva guarda del principio de la sostenibilidad financiera del sistema, en tal virtud, que de concederse las aspiraciones de la demandante se descapitalizaría el sistema pensional público.

A su turno, el **FONDO DE PENSIONES Y CAESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que la decisión adoptada por la afiliada se realizó de forma consiente y a sabiendas de las consecuencias que dicho traslado implicaría, ello en atención a las calidades que ostentaba la demandante para el momento de la afiliación, sumo a lo precedente, que la ley para dicha data, no exigía requisitos adicionales a la suscripción del formulario de afiliación, lo que impide imponer cargas adicionales a la AFP. Por último, peticionó que no se condene a la entidad por conceptos de gastos de administración y costas procesales, pues en el caso de los primeros, aquellos se encuentran contemplados en la ley, en cuanto a los segundos, no resulta procedente la condena por concepto de costa, pues la entidad actuó de buena fe.

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 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

considerar, en esencia, que en ningún momento al interior del proceso se probó vicio del consentimiento que decanten en la anulación del acto jurídico, sumado a que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Por último, señaló que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 1993, lo que le impide retornar en cualquier tiempo al RPM.

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., peticionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con Colfondos y posteriormente con Porvenir, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, sumó a ello, que tal como se pudo ver en el interrogatorio de parte, la inconformidad de la demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante. Por último, señala, que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación de la demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estructura del Régimen de Ahorro Individual.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 49 a 51 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 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 ANA LIDA CAMPOS RUIZ al régimen de ahorro individual administrado por el COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS así como aquel que se dio con posterioridad al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, reclamación administrativa (fl. 49 a 51); respuesta emitida por Colpensiones. (fl. 53 y 54); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (fl. 55, 161 y 162); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 56 y 150); historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (fl. 57 a 62); estudio de situación pensional. (fl.63 a 76); comunicados de prensa. (fl. 127, 152, 153, 159 y 160); formulario de afiliación emitido por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 151); relación de aportes emitida por Porvenir S.A. (fl. 154 a 158); expediente administrativo. (fl. 128).

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.



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

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

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

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



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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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:

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 a la Caja de Previsión Social de Boyacá, para luego efectuar cotizaciones a la extinta Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal, seguido a ello, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., el 9 de septiembre de 1994, a continuación, el 28 de noviembre de 2012, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, esta vez para vincularse a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., tal como se advierte del formulario de afiliación que reposa a folio 151 del informativo, aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa en medio magnetofónico visible a folio 184 del expediente, 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 Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en tanto no se aportó prueba alguna que dé cuenta de tal situación.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«... cuando se dio el traslado se hizo justamente porque a la Procuraduría donde yo trabajaba en ese entonces, se acercaron unos promotores de este fondo, Colfondos, hicieron como un anuncio y les informaron a los empleados que estaban ahí en ese momento que Cajanal se acababa y que el Seguro Social también se acababa, y como tal se presentaron estos promotores e indicaron a todos los empleados que venían a hacer la afiliación a Colfondos, nosotros trabajábamos en ese entonces, yo trabajaba como asistente jurídico en la Procuraduría, tomábamos diligencia de declaración, todo el día no la pasábamos en ese trámite. Creo yo que la afiliación se dio como, no lo recuerdo, no lo tengo claro, pero como que nos pidieron el nombre y número de cédula para hacer el traslado así, los promotores, el nombre de ustedes, el número de cédula y los que estábamos ahí entregamos nuestro nombre y número de cédula para que ellos hicieran el traslado». (Cd. Fl. 164).

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 Colfondos 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 Colfondos 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que pese a que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, no se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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



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, la Sala considera preciso, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, modificar el numeral segundo de la sentencia apelada, en el entendido de condenar a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo; en lo demás, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, interesa advertir que aun cuando la demandante efectuó cotizaciones y estuvo vinculada a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE–, como lo refiere en el hecho segundo del libelo genitor (fl. 1), también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones, por ende y, en atención de la liquidación de esta última entidad y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto Instituto de Seguros Sociales, resulta procedente ordenar a la AFP Porvenir S.A., realizar el traslado de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

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 Colombiana de Pensiones –Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., 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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 5 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANA LIDA CAMPOS RUIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** y el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en el entendido de ordenar a la AFP **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: 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 Colombiana de Pensiones –Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., 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 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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DEYANIRA PATRICIA SOLORZANO BUSTOS** 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 veintisiete (27) días del mes de noviembre 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 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **DEYANIRA PATRICIA SOLORZANO BUSTOS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR S.A., ante la omisión en el deber de información, debiendo COLPENSIONES afiliar a la accionante como si nunca se hubiere trasladado de sistema; como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la vinculación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; en caso de haberse otorgado pensión, condenar a PORVENIR S.A. a continuar con su pago hasta tanto sean trasladados los recursos al RPM, con inclusión en nómina; y costas del proceso (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 de las diligencias, manifestando en síntesis que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 30 de septiembre de 1985, trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 23 de febrero de 2000; actuación que gesto sin la debida información respecto de las prestaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

económicas y beneficios que obtendría en ese sistema pensional, en la medida que el promotor no expresó las consecuencias negativas o específicas para su situación pensional, así como guardo silencio ante la posibilidad de retractarse; aduce que no le fue entregado proyección pensional, no le indicó la edad, salarios, capital ahorrado y negociación de bono pensional necesarios para alcanzar una prestación pensional, así como no le relató que el monto mensual sería inferior de contar con beneficiarios por la sumatoria en la expectativa de vida. Manifiesta que elevó derechos de petición ante las convocadas reclamando la nulidad del traslado, sin que fueran atendidas de manera favorable, cuando se evidencia que el monto de la mesada pensional resultaría ostensiblemente inferior en el RAIS; lo que implicó que continuara cotizando en PORVENIR S.A.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la demandante era consciente de la suscripción del formulario para cambio de régimen, permitiendo demostrar que fue libre, espontánea y sin presiones en cumplimiento del literal b Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido; buena fe y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 220 a 223.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestando que su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la afiliación al RAIS es válida al concederse la información bajo las normas vigentes para la fecha; no siendo posible invocar el deber que nació con la Ley 1328 de 2009 y Ley 1748 de 2014. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; prescripción de la acción de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe, folio 251 a 265.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización de la demandante en su momento con PORVENIR S.A., según formulario N° 01318869 del 23 de febrero de 2000; **condenar** a PORVENIR S.A. a la devolución de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de SOLORZANO BUSTOS con destino a COLPENSIONES; **ordenar** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes saldos pensionales y rendimientos ordenados, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular; **absolver** a las demandadas de las demás suplicas; **declarar** no probadas la excepciones propuestas y, **sin costas**. (CD folio 299).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, que constriñen a realizar un análisis pormenorizado para cada asunto judicial, en el presente la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente, que al momento de trasladarse de régimen pensional hubiese suministrado información pertinente a la demandante, cuando le concernía por inversión de la carga de la prueba. Motivo por el cual dispuso la devolución de las sumas aportadas, pero sin incluir gastos de administración al evidenciar que se produjeron rendimientos financieros.

RECURSO DE APELACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada **contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que de la prueba documental y del interrogatorio de parte absuelto por SOLORZANO BUSTOS, se logra determinar la realización del traslado de manera libre y voluntaria al suministrarse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

toda la información sobre los efectos jurídicos de la misma. No configurándose los presupuestos de hecho necesarios para la ineficacia del traslado; así como no se demostró vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo al ser consciente de la vinculación, debiendo tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 1508, 1509 y 1516 del Código Civil. Refiere que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia al declararse la nulidad o ineficacia y, como consecuencia su inexistencia, no es válido que se descuenten rubros por gastos de administración.

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 solicita la confirmación del fallo de primera instancia, aduciendo que al momento del traslado el representante de la AFP se limitó a recaudar los datos en el formato preestablecido, pero sin entregar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando la improcedencia en la devolución de gastos de administración, conforme a lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia y, resaltando que tal concepto deviene de un mandato legal con destinación específica el que se cumplió a cabalidad durante el periodo de la afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado de la activa al RAIS tiene plena validez; sumado a ser «*la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni error, fuerza o dolo*».

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 20 de diciembre de 2018, folio 69 de las diligencias.

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 la apelante, 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 DEYANIRA PATRICIA SOLORZANO BUSTOS al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reintegro a Colpensiones de los gastos de administración conforme fue peticionado en el recurso de apelación.

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, reporte de semanas cotizadas en pensionales e historia laboral individual (folios 49 a 51, 62 a 67), copia de las reclamaciones administrativas y su respuesta (fls. 52 a 54, 69), proyección pensional (fls. 55 a 58), documento titulado bono pensional (folios 59 y 60), copia de formularios de afiliación (folio 68 a 74), copia del documento de identificación del accionante (folio 77), expedientes administrativos obrante en las demandadas (CD folios 228, 267 a 297), interrogatorio de parte rendida por la demandante (medio magnetofónico folio 299).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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.(...)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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 la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de noviembre de 1991 (folio 49), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 23 de febrero del 2000 (folio 68 y 267), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 273 a 280 y 62 a 67); 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 68 y 267.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, con la pérdida de los aportes realizados a ese fondo, y que las condiciones del régimen de ahorro individual resultaban ser idénticas a las del Seguro Social; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual. (folio 299).

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 beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«... 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 elevado por el profesional del derecho de la administradora del régimen de prima media respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión acoge el reparo planteado y adicionará 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 de la alzada.

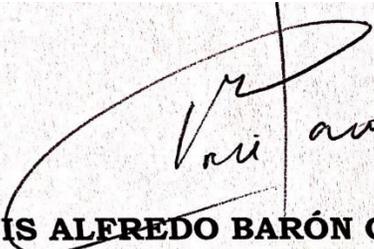
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', 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-