



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MAURICIO CAMACHO OSPINA** 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 veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 2

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Cindy Julieth Villa Navarro** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.129.580.577 de Barranquilla y tarjeta profesional 219.992 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **MAURICIO CAMACHO OSPINA** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del acto de afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., por desconocimiento del deber de brindar información; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; se ordene a Colpensiones recibir los valores provenientes de la AFP demandada y activar su afiliación entendiendo que nunca estuvo vinculado al RAIS; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (folios y 2).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 3

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2, que en síntesis advierten que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 25 de abril de 1994; que el 8 de febrero de 2001 , se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.; que durante la afiliación a la referida sociedad, se le indicó que obtendría una pensión con menos semanas, con un monto igual al que ofrecerían otras AFP y que podía realizar el retiro de sus aportes si no deseaba acceder a la prestación; que la asesoría dada al momento de su traslado nunca contempló su situación, ni su edad, monto del bono pensional o tiempo de cotización; que no se le indicó que la pensión del RAIS estaba sujeta a variables como el capital y los rendimientos por este causados, como tampoco se le indicaron los requisitos, ventajas y desventajas de cada una de sus modalidades; que no se le previno sobre el hecho que la expectativa de la pensión en el RAIS varía si las tasas de interés en el mercado son inferiores a lo esperado; que nunca recibió una proyección de lo que sería su pensión al momento de cumplir la edad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretesiones al considerar en esencia que, no obra prueba alguna mediante la cual se acredite que la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que concurra algún vicio del consentimiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 4

(error, fuerza o dolo), ni tampoco se evidencia dentro de sus solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de su parte, pues por el contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que su afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Agrega que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, de manera que no procede el traslado de régimen pensional, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebididad aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 75 a 107 archivo 1 del expediente digital).

Mediante auto del 1º de febrero de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (fls. 81 a 82).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 5

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 18 de febrero de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 1º de febrero de 2001, teniendo como afiliación válida la realizada al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del actor, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, así como los destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, los cuales debe asumir de sus propios recursos y sin deducción por gastos de traslado; **condenar** a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A., sin costas en contra de Colpensiones.

Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Horizonte hoy Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 6

y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, exponiendo como motivos de inconformidad que, de las pruebas arrimadas al proceso se constata que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, amén que del elenco probatorio no se evidencia la existencia de un vicio del consentimiento. Manifiesta que a la administradora de fondo de pensiones convocante no le compete la carga de la prueba, menos aun cuando no tiene la posibilidad de demostrar hechos que tuvieron lugar hace 20 años, lo cual da paso a dar aplicación al principio según el cual nadie está obligado a lo imposible. Añade que el deber de información establecido en el Decreto 663 de 1994, solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, contando las AFP unicamente con el formulario de afiliación como prueba del consentimiento libre y voluntario, como única exigencia establecida por la ley hasta el año 2014. Resalta que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, porque al 1º de abril de 1994 no acredita ningún requisito para el efecto, tampoco cuenta con una expectativa legítima, por manera que no cumple los presupuestos para regresar al RPM en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 7

cualquier tiempo. Agrega que la aplicación del precedente definido por la Corte Suprema de Justicia no debe ser automática, pues debe verificarse la ocurrencia de situaciones como la pérdida del régimen de transición o si el afiliado, como ocurre en el presente caso, pretende evadir las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades dentro de los cuales debe surtirse la movilidad entre regímenes, al no hallarse conforme con la eventual prestación que le sería reconocida en el RAIS. Aduce que el actor es una persona no afiliada al RPM que no efectuó aportes al mismo, por más de 20 años y que pretende que el Sistema sea solidario, afectando de esta manera el pago de las pensiones de aquéllos que siempre han estado afiliados al régimen. Concluye solicitando que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, a la devolución de la totalidad de las sumas ordenadas a la AFP Porvenir de manera indexada, requiriendo además que no se imponga condena en costas a la entidad.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, en el presente caso se desconoce el principio de confianza legítima por cuanto no se otorga validez al formulario de afiliación suscrito por el actor, el cual para la época del traslado constituía un requisito *sine qua non*, para la existencia y validez del acto, y sobre el cual la Corte Suprema de Justicia no expone una motivación clara sobre su posición de no otorgarle plenos efectos. Agrega que, igualmente se desconoce el principio establecido en la Constitución Política, según el cual se debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 8

juzgar conforme a las leyes preexistentes, empero en el *sub examine* se exigen obligaciones que sólo fueron prescritas por la ley hasta los años 2010 y 2013. Señala que no es posible dar aplicación automática a la carga dinámica de la prueba conforme a la sentencia C-086 de 2016, y en todo caso, el demandante en su interrogatorio de parte da cuenta de su conocimiento sobre el RPM y el RAIS, al igual que de la información que le fue suministrada por la AFP.

Aduce que la Corte Suprema de Justicia desconoce en su integridad las figuras de la ineficacia y la nulidad, las cuales han sido ampliamente expuestas por la Corte Constitucional, Corporación que en relación con la ineficacia ha establecido su alcance en sentido amplio y en sentido estricto, entendida esta última como aquella que está prevista para aquellos eventos en los cuales la ley expresamente establece que el acto no produce efectos, sin necesidad de declaración judicial, como lo es la que consagra el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto no consagra retrotraer la cosas a su estado original, no obstante, en el presente caso, se emite una orden de tal envergadura, que corresponde realmente a la nulidad de que trata el artículo 1746 del C.C., la que en todo caso se aplica de manera sesgada porque aun cuando se entiende que el actor nunca estuvo afiliado al RAIS, se ordena la devolución de los rendimientos financieros y de los gastos de administración, desconociendo además que el artículo en mención profesa el respeto con la restituciones mutuas. Indica que es menester separarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que esta opera como un criterio auxiliar a falta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 9

de normativada expresa, vacío legal que no existe en el presente caso. Aduce que no es procedente la devolución de los gastos de administración, conforme a los términos de los artículos 271 y 113 de la Ley 100 de 1993, y en todo caso, sobre los mismos opera el fenómeno de la prescripción, pues se descuentan en ambos regímenes por disposición legal y no están destinados a financiar la pensión.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada COLPENSIONES: La apoderada de Colpensiones al descorrer el traslado otorgado, indica que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la concurrencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), precisando que en el caso tendría lugar el error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Agrega que en todo caso, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 10

de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año de 2001, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del 2005. Señala que en el *sub examine* el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 del C.C., al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento. Concluye solicitando que se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución indexada de las sumas ordenadas por el Despacho y que se exonere a la entidad de condena en costas en segunda instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folio 41 a 44 del paginario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 11

PROBLEMA JURÍDICO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 24); resumen de cuenta de ahorro individual expedido por la AFP Porvenir S.A. (fls. 25 a 28); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 29 a 34); comunicación emitida por la AFP Porvenir (fl. 35 a 36); simulación pensional emitida por la AFP Porvenir (fl. 37 a 40); petición elevada ante Colpensiones y su respuesta (fl. 41 a 44 y 51 a 53); petición elevada ante la AFP Porvenir y su respuesta (fl. 45 a 50); historial de vinculaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 12

expedido por Asofondos (fl. 93 a 94); expediente administrativo allegado por la AFP Porvenir (Cd. a folio 95); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd 2 del expediente digital).

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 13

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 14

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 15

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 16

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 17

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000065 01 18

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 19

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 20

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 21

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 22

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

21202000065 01 23

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000065 01 24

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 25

aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

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

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 26

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 27

septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de abril de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folio 29 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1º de febrero de 2001, según se constata del formulario de afiliación que obra en el expediente administrativo allegado por la citada (Cd. a folio 95), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 28

los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (Cd. a folio 95), el cual conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia no tiene la virtud de demostrar un consentimiento informado.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que al momento de su traslado se le manifestó en reunión grupal que, tendría mayores ventajas en el Régimen de Ahorro Individual, en tanto allí se le exigirían menos semanas de cotización para efectos pensionales, además, tendría acceso a la prestación de vejez a una edad menor, podría hacer el retiro del dinero acumulado o ahorrado y le sería reconocido un monto pensional igual al que le fuere otorgado por el sector oficial (Archivo de audio 4 -carpeta 9 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Horizonte hoy 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

21202000065 01 29

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

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen, 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, atendiendo el reparo que elevó la AFP Porvenir S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, aun con su propio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 30

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 31

vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

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

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

Por lo hasta aquí estudiado, es que surge patente la confirmación de la sentencia apelada, sin que sea procedente adicionar la sentencia en los términos expuestos por Colpensiones, pues de la decisión del A Quo lógico resulta concluir que el cumplimiento de las órdenes impartidas a dicha administradora se encuentra supeditado al retorno de los dineros que se encuentran actualmente administrados por la AFP Porvenir, a quien se le otorgó por la sentenciadora de primera instancia el término



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

21202000065 01 32

de un mes para entregarlos a Colpensiones, sobre lo cual dicho sea de paso, no se propone discusión en la alzada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de las apelantes dado el resultado de la alzada, y conforme al mandato que al respecto ha establecido el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 18 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MAURICIO CAMACHO OSPINA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, mediante la cual se declaró la ineficacia de traslado del actor al RAIS, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202000065 01 33

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de las apelantes dado el resultado de la alzada, y conforme al mandato que al respecto ha establecido el numeral 1º del artículo 365 del CGP. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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 **ÁLVARO CAÑÓN GARCÍA** CONTRA LA SOCIEDAD **PTA S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), 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,

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **ÁLVARO CAÑÓN GARCÍA** a través de apoderado judicial, pretende se declare que la terminación del contrato de trabajo

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»



por parte de la empresa demandada se produjo estando el demandante amparado por la figura del retén social pensional; en consecuencia, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el día 19 de octubre de 2018 al 17 de febrero de 2019; la indemnización por despido sin justa causa la indexación de las sumas reconocidas; lo que resulte probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho. (fl. 6, 110 y 111).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 y 111 de las diligencias, en los que en síntesis advierte el 3 de mayo de 2005 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa demandada; que el cargo para el cual fue contratado fue el de Coordinador de nómina aportes a seguridad social; que el vínculo laboral que ató a las partes se extendió desde el 3 de mayo de 2005 al 18 de octubre de 2018; que el citado 18 de octubre de 2018, le fue comunicada la decisión de terminar su contrato de trabajo sin justa causa; que nunca tuvo llamados de atención; que como consecuencia del fenecimiento del vínculo contractual le fue reconocida una indemnización en cuantía de \$37'147.945; que el 27 de noviembre de 2018, formuló acción de tutela ante la vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, vida digna, mínimo vital e igualdad; que la acción en primera instancia fue negada, decisión contra la cual se elevó impugnación, amparándose sus derechos y ordenándose el reintegro hasta tanto le fuese reconocida la prestación pensional e incluido en nómina; que para la fecha del despido contaba con 59 años de edad y una densidad de semanas cotizadas de 1.541; que la accionada dio cumplimiento al fallo y procedió a reintegrarlo; que la encartada no dio cumplimiento al pago de la seguridad social y salarios dejados de percibir desde el día 19 de octubre de 2018 al 17 de febrero de 2019; que la sociedad PTA S.A.S., no volvió a pagar la prima de incentivos que venía disfrutando en la suma de \$36.100; que no se le aumento el salario a partir del 2019; que a raíz de la suma



reconocida por concepto de indemnización por despido sin justa causa la demandada le viene haciendo descuentos en cuantía de \$426.976.

CONTESTACIÓN: La demandada sociedad **PTA S.A.S.**, a través de apoderado judicial descorrió el traslado de la demanda, oportunidad en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio, al considerar, en esencia, que la sentencia SU-003 de 2018, acertadamente unifico el criterio y dispuso que habiéndose cumplido el requisito mínimo de semanas no habrá lugar al fuero de estabilidad laboral reforzada, ello por tratarse de un requisito que puede ser cumplido con posterioridad con independencia de que exista el vínculo contractual o no, sumó a lo anterior, que las sumas que por mera liberalidad percibía el accionante no tuvieron la finalidad de enriquecer su patrimonio y no constituyón salario. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción. (fl. 124 a 131).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de agosto de 2020, **condenar** a la sociedad demandada a devolver al demandante lo que ha venido descontando del salario, de lo cancelado por concepto de indemnización por despido, descuento que se ha venido efectuando desde el mes de marzo de 2019 a la fecha, tal como quedó acreditado; **denegar** las demás pretensiones de la demanda. (fl. 152).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto se tiene que el demandante efectivamente fue despedido de forma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora demandada, decisión adoptada por la sociedad el 18 de octubre de 2018, del mismo modo se constató que para dicha calenda el actor contaba con 58 años de edad y 1.514 semanas cotizadas a pensión. Bajo esa óptica, teniendo en cuenta lo establecido por la sentencia SU-003 de 2019, cuando el único requisito faltante para acceder al derecho pensional por vejez es la edad, ya que se acredita el requisito mínimo de semanas que contempla la norma, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada del pre pensionable, en tanto el requisito faltante, esto es, la edad, puede ser cumplido de manera posterior con o sin vínculo laboral vigente. En ese orden, como quiera que el actor contaba con la densidad de semanas requeridas para acceder a la prestación pensional, el demandante no se encuentra amparado de dicho fuero. Por otra parte, en lo referente a la devolución de dineros concedidos por concepto de indemnización por despido injusto, como quiera que en el presente asunto se acreditó tal actuación, se deberá condenar a la encartada a devolver los valores que por dicho concepto se le ha venido descontado al demandante desde marzo de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **ÁLVARO CAÑÓN GARCÍA**, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar, en esencia, que en lo referente a las personas que están próximas a pensionarse, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias, entre ellas, la T-638 de 2016, formuló el trabajo como un derecho fundamental sobre el cual el Estado tiene el deber de proteger y en torno a aquel, el artículo 53 de la Constitución Política, previó una serie de máximas orientadas a su protección como la igualdad de oportunidades, estabilidad en el empleo, remuneración vital proporcional a la cantidad y calidad del trabajo entre otros. En ese



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

orden, la Corporación constitucional ha desarrollado la tesis de la estabilidad laboral para quien se encuentra a portas de adquirir el estatus de pensionado como una garantía que tiene todo trabajador de permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso frente a la voluntad del patrono si no existe una justificación del despido.

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 allegó escrito de alegaciones de conclusión en el que solicitó la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que se tiene más que probado que el demandante gozaba de una estabilidad laboral reforzada, como quiera que según el reporte de Colpensiones, al momento de la terminación de su contrato de trabajo, contaba con 59 años de edad y 1.541 semanas cotizadas, cumpliendo entonces uno de los requisitos del llamado reten social de los prepensionados, que no son otros que les falten tres (3) o menos años para adquirir el status de pensionados.

Parte demandada: Al descorrer el traslado para alegar de conclusión la parte demandada solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, al considerar, que el accionante no tiene derecho al reintegro por no estar amparado de reten, ello, en tanto no reunía al momento de terminar el vínculo laboral, los requerimientos jurisprudencialmente desarrollados para que pueda obtener la protección constitucional que se denomina como pre-pensionado, máxime si se tiene en cuenta que al 31 de diciembre de 2017 tenía cotizadas en Colpensiones 1.514, por lo que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el de la edad, escenario que lo excluye de la condición de prepensionado.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver el establecer si el demandante es beneficiario del retén social en condición de prepensionado y si como consecuencia de ello deviene el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir junto con los aportes a pensión para el interregno de 19 de octubre de 2018 al 17 de febrero de 2019.

DEL CONTRATO LABORAL Y SUS EXTREMOS

No es objeto de controversia en esta instancia la existencia de un vínculo laboral que ata a las partes aquí intervinientes, en tanto dicha situación fue aceptada por la demandada al contestar la demanda, aunado lo anterior, de la documental que reposa a folio 58 y vuelto del informativo consistente en contrato de trabajo suscrito por las partes, se predica tal situación fáctica.

Ahora bien, tan poco se discute los extremos temporales del vínculo contractual pues como bien lo acepto la llamada a juicio, y se



desprende de las pruebas que fueron acompañadas al informativo, el demandante se vinculó a la encartada el 3 de mayo de 2005 (fl. 58), y fue despedido, sin mediar justa causa el 18 de octubre de 2018, cancelándosele la respectiva indemnización a que había lugar (fl. 60 y 61); pese a ello, en acatamiento a una orden judicial al interior de una acción de tutela, la demandada sociedad PTA S.A.S., reintegró al actor a sus labores a partir del 18 de febrero de 2019 tal como se advierte del acta obrante a folio 63 de las diligencias, encontrándose vinculado actualmente a la sociedad convocada a juicio.

RETEN SOCIAL

Persigue la parte demandante el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social que el empleador dejó de cancelar para el lapso comprendido entre el 19 de octubre de 2018 y el 17 de febrero de 2019, espacio temporal en el que estuvo apartado de las labores que ejecutaba ante la encartada. Lo anterior, como quiera que, a su sentir, al momento del despido el empleador no tuvo en cuenta que se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada del que está a portas de pensionarse.

Al respecto, se tiene que dicha figura es una medida de protección de la estabilidad reforzada, creada por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003, por medio de la cual se expiden las disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública, en lo que se refiere al retén social, señala:

«Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley».

Ahora bien, como quiera que el demandante alega la protección del que está a portas de adquirir el derecho pensional, es que resulta necesario para esta Corporación traer a colación lo que para tal efecto ha enseñado la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, oportunidad en la que la Alta Corporación moduló que:

«Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

[...]

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando”.

Criterio que fuera acogido por la Corporación de cierre en materia Constitucional en la sentencia T-326 de 2014, con ponencia de la



Magistrada María Victoria Calle Correa, oportunidad en la que la Alta Corporación enseñó que:

«Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)».

Del mismo modo, el Alto Tribunal Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, moduló que *«Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión»*, y frente a las personas que se encuentran a portas de acceder a la prestación pensional, vinculados en provisionalidad, la Alta Corporación en la sentencia en comentó enseñó que *«Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez».

Del anterior contexto jurisprudencial, se extrae, que en tratándose de personas vinculadas mediante contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria que se encuentren próximas a cumplir los requisitos para acceder a la prestación pensional, particularmente cuando les faltare tiempos de servicio o semanas de cotización (aquellas personas que les faltare menos de tres años para cumplir los requisitos mínimos establecidos en la norma pensional para acceder al derecho), los mismos podrán considerarse que se encuentran cobijados por una protección especial, que lejos de impedir su despido, implica un trato especial y diferenciado, el cual les permite tener prevalencia respecto de otros empleados que ostentan la misma condición de provisionalidad en el cargo, ello a efectos que sean las últimas personas en ser desvinculadas, en atención a que aquellos no gozan de un derecho indefinido de permanencia.

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala se tiene que el demandante, para la fecha en que fue desvinculado de la empresa empleadora, esto es, el 18 de octubre de 2018, contaba con la edad de 58 años, 11 meses y 18 días tal como se advierte de la cédula de ciudadanía obrante a folio 47 del informativo, por lo que, para acceder al derecho pensional, en lo referente al pedimento de edad le faltaban tres años y 12 días. En lo referente a la densidad de semanas, se tiene que conforme a la historia laboral emitida por Colpensiones, el señor Cañón García para dicha data, contaba con una densidad de semanas de 1.549 semanas.

Bajo esta óptica, se tiene que el demandante en manera alguna, para el momento del despido, se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada por persona próxima a pensionarse, pues



para dicha calenda ya contaba con el número de semanas mínimo requerido por la norma pensional para acceder a la prestación que de ello se deriva, no pudiéndose ubicar así dentro de aquellas personas que cuentan con la garantía constitucional que por esta vía predica, se suma a lo anterior, que tampoco contaba con la edad que prevé la norma para ampararse de la garantía foral, en tanto para dicha data le faltaban más de los tres años para satisfacer el requisito que exige el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003.

En virtud de todo lo expuesto, es que habrá de ser confirmada la providencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 3 de agosto de 2020, en el proceso ordinario laboral promovido por **ÁLVARO CAÑÓN GARCÍA** contra la sociedad **PTA S.A.S**, en atención a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ESE HOSPITAL GILBERTO MEJÍA MEJÍA** CONTRA **LA NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La **ESE HOSPITAL GILBERTO MEJÍA MEJÍA EN LIQUIDACIÓN**, a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral² pretendiendo el reconocimiento y pago de \$3.075.505 por servicios médico quirúrgicos, prestados a las víctimas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, correspondientes a 37 solicitudes de recobro, junto con intereses de mora, costas y agencias en derecho, folios 518 y 520 cuaderno 2 del expediente digital.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 520 a 522 cuaderno 2 del expediente digital, que en síntesis advierten que en sus instalaciones prestó servicios médicos a 37 personas víctimas de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, solventando con su propio patrimonio, los costos inherentes a la atención médica prestada, los cuales fueron reclamados ante la demandada con el lleno de los requisitos; empero, las facturas y reclamaciones elevadas fueron devueltas sin pago por el Consorcio SAYP FOSYGA, aduciendo extemporaneidad en el cobro.

CONTESTACIÓN: La demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no está legitimado en la causa por pasiva para ser demandado en el *sub judice*, toda vez que si bien el FOSYGA hizo parte del ente ministerial, y era la entidad que en primer lugar debía responder por lo que en la presente demanda se pretende exigir, en la actualidad este ya no existe, siendo designada en su reemplazo la Administradora de los Recursos del Sistema General

² El presente proceso inicialmente fue promovido como demanda ejecutiva laboral, no obstante, mediante auto del 31 de mayo de 2017, el Juzgado de Conocimiento declaró probada la nulidad propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social, y por ende dejó sin valor y efecto el auto de fecha 12 de diciembre de 2016, mediante el cual se libró mandamiento de pago contra la encartada; lo anterior, con sustento en lo definido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial en su Sala Mixta, en decisión del 11 de agosto de 2015, en la cual además, se radicó el conocimiento del asunto en el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 508 a 510 cuaderno 2 del expediente digital). Asimismo, mediante proveído del 27 de septiembre de 2017, la falladora de primera instancia concedió a la parte actora el término de 5 días, para que procediera a adecuar la demanda, folios 515 a 516 cuaderno 2 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de Seguridad Social en Salud ADRES, la cual cuenta con personería jurídica, goza de autonomía administrativa y financiera y cuenta con patrimonio autónomo. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimidad en la causa por pasiva, falta de integración del litisconsorcio necesario, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada o genérica. (fls. 590 a 599 cuaderno 2 del expediente digital).

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, integrada al trámite en calidad de litis consorcio necesario, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que luego de adelantado el proceso de auditoría integral se determinó que las reclamaciones adolecen de *«causales legales de NO APROBACIÓN, en cuanto a que fueron presentadas fuera de los términos perentorios establecidos por la normatividad vigente, para el caso en concreto, esto es: el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 modificado por el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012 y el artículo 6 de la Resolución 1915 de 2008»* **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de intereses moratorios, inaplicabilidad del artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2012 para el reconocimiento de intereses por parte del entonces Fosyga hoy ADRES, culpa exclusiva de la víctima: de la glosa de extemporaneidad en el trámite de reclamaciones, culpa exclusiva de la víctima falta de integración del litisconsorcio necesario, prescripción, culpa exclusiva de la víctima: de la glosa de extemporaneidad en el trámite de reclamaciones y soportes y culpa exclusiva de la víctima: de las reclamaciones anuladas (fls. 634 a 660 cuaderno 2 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública virtual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 10 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** parcialmente probadas las excepciones denominadas prescripción, inexistencia de la obligación, culpa exclusiva de la víctima de la glosa de extemporaneidad en el trámite de la reclamaciones y culpa exclusiva de la víctima de las glosa de extemporaneidad en el trámite de las reclamaciones y soportes, al igual que no probadas las restantes propuestas por la ADRES; **declarar** probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Salud y Protección Social; **condenar** a ADRES a pagar a favor de la ESE Gilberto Mejía Mejía en Liquidación la suma de \$615.588 por concepto de 9 servicios de salud prestados a víctimas de accidentes de tránsito; **condenar** a ADRES a pagar los intereses moratorios sobre cada uno de los recobros por los que se emitió condena hasta la fecha en que se verifique su respectivo pago; **condenar** en costas a la demandada (Audio archivo 11 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que en relación con 24 de las 37 facturas reclamadas, ha operado el fenómeno de la prescripción, al verificarse que ente la fecha de egreso del paciente y la fecha de reclamación ante el entonces Fosyga transcurrieron más de los 3 años, establecidos en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS. Sumando a ello, que en relación con 4 de las facturas reclamadas, no es posible establecer la fecha de reclamación ante el Fosyga, verificándose además que entre la fecha del siniestro y la data en que se formuló la demanda, igualmente transcurrió el término de 3 años. Fulmina condena por el valor contenido en 9 de las facturas, al considerar que la respectiva reclamación fue formulada dentro del término establecido en las normas mencionadas, para un total adeudado de \$615.588. Accede a los intereses moratorios, aduciendo que las glosas no tuvieron fundamentación objetiva. Concluye aduciendo que las excepciones propuestas por el Ministerio de Salud y Protección Social se deben declarar probadas, dado que desde agosto de 2017 entró en operación la ADRES, siendo suprimido a su vez al FOSYGA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSOS DE APELACIÓN:

La parte **DEMANDANTE elevó recurso de apelación contra la anterior determinación**, manifestando en síntesis como motivos de disidencia, la absolución impartida respecto de las obligaciones recobradas en el año 2012, porque fueron reclamadas dentro del término establecido para el efecto, precisando que si bien como indicó el Despacho, no se encuentra demostrada la fecha de radicación, su código consecutivo coincide con el que fue asignado a las facturas que fueron reconocidas en primera instancia, aunado a que alguna duda probatoria debe ser resuelta en beneficio de la entidad reclamante, de acuerdo al CST y a las normas de seguridad social. En lo que respecta a la prescripción de las facturas de los años 2007, 2008 y 2010, aduce que no formula ninguna oposición.

A su turno, la **convocada ADRES interpuso recurso de alzada** aludiendo para el efecto que, sobre los 9 recobros reconocidos, no tuvo en cuenta el Despacho el proceso de auditoría allegado al proceso, y de cuyo análisis a la luz de las normas y la jurisprudencia es posible constatar que gran parte de los servicios no logaron superar ese proceso, al no cumplir con los requisitos legales para la presentación de la reclamación, y en particular los estatuidos en el Decreto Ley 1281 de 2002, el Decreto 3990 del 2007 y las Resoluciones 1915 de 2008 y 1136 del 2012, de manera que no pueden entenderse como obligaciones que deban ser asumidas por la entidad, quien debe velar por la debida destinación de los recursos públicos, mediante el acatamiento del procedimiento especial establecido para el reconocimiento de las reclamaciones, a fin de evitar pagos indebidos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada ADRES: Anunció que al considerar la fecha en que se generó el derecho a reclamar al entonces FOSYGA, a partir de la data del siniestro, la norma aplicable para el caso en concreto es el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, y como bien se evidencia en el proceso, entre las fechas de los siniestros y la fecha de las reclamaciones, transcurrió un término superior a tres años, por lo tanto, no es procedente aplicar el artículo 111 del Decreto 019 de 2012, pues tuvo lugar el fenómeno de la prescripción. Añade que en aras de dar claridad al Despacho, una glosa es entendida como una no conformidad que afecta en forma parcial o total el reconocimiento y pago de un recobro, por la existencia de un error, una inconsistencia o la ausencia de alguno de los documentos, requisitos o datos previstos en la normativa vigente; en este caso en concreto la glosa mayoritaria corresponde a la extemporaneidad, evidenciándose que la ausencia de los requisitos normativos de temporalidad señalados en la norma, por incapacidad del hospital para realizar una correcta presentación de las solicitudes de reclamaciones, no pueden ser óbice para descalificar los controles establecidos en el ordenamiento jurídico, en la protección de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; es decir, la afectación a la E.S.E HOSPITAL GILBERTO MEJÍA, si es que ésta ocurrió, tiene como única causal la impericia de la demandante, lo que la hace responsable exclusiva de la misma.

Concluye aludiendo que para el caso que nos convoca, la parte actora pretende que se declare una obligación a cargo del Estado, para lo cual alega haber sufrido un perjuicio económico que se configura en el hecho del no pago de las sumas de dinero reclamadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

extemporáneamente, es decir que el objeto de esta demanda es el pago de reclamaciones que no cumplieron con los requisitos señalados en la norma aplicable para la época en que fue realizada su auditoria; luego se infiere que la conducta de la actora, es el hecho determinante que originó la imposición de las glosas descritas, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna del Estado, mucho menos sobre los 9 recobros que fueron reconocidos por el A Quo.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la solicitud radicada ante la pasiva el 18 de diciembre de 2013, folios 546 y 547 cuaderno 2 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento, los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de Consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de las atribuciones constitucionales y legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si ha operado el fenómeno de la prescripción sobre 28 de los 37 recobros reclamados por la entidad demandante y si se cumplen los presupuestos para ordenar el reconocimiento de los 9 recobros restantes, que fueran reclamados a título de servicios médico-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

quirúrgicos prestados a población víctima de accidentes de tránsito y eventos catastróficos. Pendiendo las resultas de lo anterior, definir la viabilidad en condenar por intereses moratorios.

RIESGOS CATASTRÓFICOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO - RECOBROS

Procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, reiterando *liminariamente* que los reclamos perseguidos por la convocante a juicio devinieron de la atención a víctimas de accidentes de tránsito o riesgos catastróficos, que conciernen a 37 servicios no reconocidos por el otrora FOSYGA hoy ADRES a través de glosas, aduciendo que «*EL RECONOCIMIENTO DE ESTA RECLAMACIÓN NO PUEDE EFECTUARSE POR VÍA ADMINISTRATIVA POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS*», «*Existen inconsistencias entre el medio físico y el magnético*» y «*La DIAN ha informado que en materia Tributaria, las cuentas de cobro no se consideran factura ni documento equivalente y lo ha reiterado según Art 18 de la Ley 962/05.*» (Cd. 5 del expediente digital).

Bajo tal marco, necesario es advertir que las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito ocurridos dentro del territorio nacional, tendrán derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial, con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga, siempre que se trate de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados; derecho del cual también gozan las víctimas de eventos terroristas y catastróficos, como así lo establece el artículo 167 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 2° del Decreto 3990 de 2007.

Ahora bien, conforme al artículo 3° *ejusdem*, tienen acción para reclamar las indemnizaciones por las coberturas otorgadas, a la entidad aseguradora o a la Subcuenta ECAT del Fosyga, según



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

corresponda, las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas habilitadas para brindar los servicios anotados y que en efecto los hubieren prestado o quienes hubieren cancelado su valor; debiendo estas presentar la reclamación en los formularios establecidos para ello por el Ministerio de la Protección Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, en original o copia auténtica, según el caso, que se encuentran previstos en el Decreto 3990 de 2007.

Para ello además, deben acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, pudiendo utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere.

Con el propósito de cubrir los riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, el Decreto 3990 de 2007, previó en su artículo 11 los recursos que financiarán la subcuenta ECAT, a saber:

«1. Los recursos del Fonsat creado por el Decreto ley 1032 de 1991:

a) Las transferencias efectuadas por las entidades aseguradoras autorizadas para operar el ramo de seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidente de tránsito, constituida por el 20% del valor de las primas emitidas en el bimestre inmediatamente anterior; esta transferencia se realizará bimestralmente, dentro de los quince (15) primeros días hábiles del mes correspondiente, de conformidad con lo establecido en los incisos 1° y 4° del numeral 2 del artículo 199 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

b) Aportes y donaciones en dinero o en especie de personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras;

c) Los rendimientos de sus inversiones;

d) Los demás que reciba a cualquier título.

2. Una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, que se cobrará en adición a ella. Las compañías de seguros están obligadas a recaudar esta contribución y a transferirla al Fosyga dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes.

3. Los recursos que se obtengan como consecuencia de los procesos de repetición que adelante el Fosyga, por cualquier suma que hubiere pagado con ocasión de un accidente de tránsito, derivada del incumplimiento de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

obligación del propietario del vehículo automotor de adquirir el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat.»

Recursos que en todo caso, serán complementarios a los recursos que para la atención hospitalaria de las urgencias destinen las entidades territoriales.

En tal ámbito de acción, procede esta Sala de Decisión en primer lugar, a determinar si los recobros petitionados a título de servicios médico-quirúrgicos prestados a 28 víctimas de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, en efecto se vieron afectados por el fenómeno de la prescripción, tal y como lo concluyó el Juzgado de primera instancia, procediendo al estudio de la totalidad de ellos, dado que la parte actora en su alzada cuestiona la determinación del A Quo, en relación con los que fueron radicados ante la encartada a partir del año 2012, lo cual sucedió con cada uno de ellos, como se constata del Apoyo Técnico allegado por la ADRES, obrante en el archivo denominado Cd. 5 del expediente digital.

Para tal efecto, necesario es precisar que frente a los conflictos de que conoce la jurisdicción ordinaria laboral, los artículos 151 del CPL y SS y el artículo 448 del CST, disponen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, y que el simple reclamo escrito que realice el trabajador recibido por el patrono, o en el evento de la seguridad social la reclamación escrita que eleve el interesado ante la entidad, tiene la virtud de interrumpir dicho fenómeno.

Normatividad que diáfananamente resulta aplicable al asunto debatido, no solo por la especificidad en su materialización para esta variante del derecho, acogido en idénticos términos por el artículo 73 de la Ley 1753 al señalar en el literal a) que «el término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga». Sino que, aun extendiendo su estudio al ámbito cambiario, el H. Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014 con radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, determinó:

«2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

Art. 772³. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779⁴. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden

³ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

⁴ Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS..."

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas".*

En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria (negrilla y subraya fuera de texto).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por manera que, contrastado con el material probatorio legalmente recaudado, se constata que los siguientes recobros se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, como lo concluyó el A Quo porque la factura no fue presentada dentro de los 3 años siguientes a la prestación del servicio o suministro del insumo, para lo cual se toma la fecha de egreso del paciente; o porque no se advierte reclamación de la factura, entendiéndose que la primera se efectuó con la demanda, a saber:

	Factura Número	Fecha egreso	Fecha radicación	Fecha radicación de la demanda
1	13174	07/06/2008	21/03/2013	28/08/2014
2	13222	31/12/2008	11/11/2008	28/08/2014
3	13269	28/07/2008	21/03/2013	28/08/2014
4	14553	21/05/2009	03/04/2013	28/08/2014
5	14772	07/12/2008	20/04/2012	28/08/2014
6	16666	01/09/2008	03/04/2013	28/08/2014
7	16672	06/02/2009	03/04/2013	28/08/2014
8	16784	18/05/2009	21/03/2013	28/08/2014
9	16888	07/05/2009	22/09/2012	28/08/2014
10	16890	08/06/2009	22/09/2012	28/08/2014
11	16894	26/02/2008	22/09/2012	28/08/2014
12	16896	30/05/2009	22/09/2012	28/08/2014
13	16907	30/03/2009	03/04/2013	28/08/2014
14	16908	30/04/2009	22/09/2012	28/08/2014
15	16909	13/05/2009	22/09/2012	28/08/2014
16	16910	22/09/2009	03/04/2013	28/08/2014
17	16911	31/08/2008	07/03/2013	28/08/2014
18	16913	19/09/2009	22/09/2012	28/08/2014
19	16920	17/08/2009	03/04/2013	28/08/2014
20	16921	10/08/2009	03/04/2013	28/08/2014
21	16927	08/11/2009	03/04/2013	28/08/2014
22	16934	22/09/2009	03/04/2013	28/08/2014
23	16939	26/10/2009	03/04/2013	28/08/2014
24	16889	03/06/2009	22/09/2012	28/08/2014
25	16914	31/08/2009	03/04/2013	28/08/2014
26	12610	02/12/2007	No se advierte en el expediente.	28/08/2014



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

27	16659	20/12/2008 (fecha siniestro)	No se advierte en el expediente	28/08/2014
----	-------	------------------------------	---------------------------------	------------

Del cuadro en referencia, conviene precisar que respecto de la factura 16914, se formuló la correspondiente radicación, contrario a lo afirmado por el Despacho, empero la misma tuvo lugar después pasados 3 años, desde la data en que se dio el egreso del paciente; no así, en relación con las facturas 12610 y 16659, sobre las que no se constata la correspondiente radicación como lo advirtió el Juzgado de Conocimiento, de manera que respecto de ellas se debe tomar la fecha en que fue agotada la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad para iniciar la presente demanda, lo cual ocurrió el 18 de diciembre de 2013, (folios 546 y 547 cuaderno 2 del expediente digital), por manera que sobre ellas también operó el fenómeno de la prescripción conforme a la fecha de egreso anteriormente anotada.

De suerte que, sobre estos últimos recobros tampoco puede impartirse condena, ni si quiera por vía de favorabilidad, como se pretende en la alzada, ya que dicho principio no tiene alcance ni aplicación en materia de pruebas, como bien lo estatuye el artículo 53 de la C.P.

Conclusión que no se predica del recobro 17102, dado que del apoyo técnico obrante en la carpeta denominada Cd. 5 del expediente digital, se avizora que el mismo fue radicado el 13 de abril de 2013 y la fecha de egreso del paciente lo fue el 6 de diciembre de 2011, siendo patente que sobre este no ha operado la excepción de prescripción, contrario a lo establecido por el A Quo, máxime que la demanda fue presentada el 28 de agosto de 2014; por tanto, se procederá a analizar si tiene lugar la glosa que le fue formulada, al igual que las que se presentaron respecto de los 9 recobros restantes que reconoció el Juzgado de primera instancia, y sobre los que la encartada aduce que conforme al informe técnico obrante en el expediente, no hay lugar a su conocimiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Documental esta en la que se plasmó el detalle de las glosas presentadas a las facturas objeto de recobro, del que se extrae que la causa de glosa fue la identificada con la nomenclatura **«EL RECONOCIMIENTO DE ESTA RECLAMACIÓN NO PUEDE EFECTUARSE POR VÍA ADMINISTRATIVA POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS»**

Sobre el particular, y en **tratándose del término para cobros o reclamaciones** con cargo a los recursos del Fosyga, tenemos que el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002 a la letra señala: *«Sin perjuicio de los términos establecidos para el proceso de compensación en el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de organizar y controlar el flujo de recursos del Fosyga, cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda. En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido.»*

Dicha disposición fue modificada por el artículo 111 del Decreto 19 de 2012, en el sentido de indicar que las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante este, en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Así las cosas, corresponde indicar que una vez revisados los recobros y los anexos que fueron traídos al proceso como soportes para el pago de las sumas pretendidas en juicio, se logra determinar que las fechas de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, dentro de los recobros 17102, 17071, 16912, 17015, 17086, 17096, 17121, 17123, 17129 y 17130, datan para los años 2009, 2010, 2011 y 2012, luego, es dado concluir que las normas que regulan el presente caso son el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002 y el decreto 019 de 2012, que entró en vigencia el 10 de enero del año 2012.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así entonces, se advierte que el término con el que contaba la ESE demandante para efectuar sus reclamaciones era, o bien, de 6 meses que se cuentan conforme lo explica la Resolución 003099 de 2008 a partir i) de la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o ii) la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o iii) la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales, o bien, de un 1 año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, conforme el Decreto 019 de 2012.

Pese a lo expuesto, una vez analizado detenidamente el Decreto 1281 de 2002, la Sala llega a la conclusión que dicha extemporaneidad solamente puede predicarse en la vía administrativa por así señalarlo expresamente el artículo 13 *ejusdem*, al indicar en su parte final que: «En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido», situación que de manera alguna puede implicar la pérdida del derecho a reclamar las sumas adeudadas, más aun que en este caso, está acreditada la prestación de los servicios, pues tal y como lo indicó la Corte Constitucional en C-510 de 2004, dicho pago podrá lograrse acudiendo a la vía judicial. Así lo explicó esta Corporación al señalar:

«(...) La norma obliga en efecto a efectuar las reclamaciones en el término señalado so pena, no de perder el derecho al pago de la obligación de que se trate -el cual podrá obtenerse en todo caso por vía judicial pasado dicho término- sino de la posibilidad de reclamarla por vía administrativa ante el Fosyga.

El objetivo del artículo es el de inducir a quienes tienen derecho a presentar reclamaciones a efectuarlas dentro de un plazo razonable y así facilitar a la administración el manejo de las mismas, al tiempo que se pretende que los recursos que deba reconocer el Fosyga sean utilizados nuevamente en el menor tiempo posible en el cumplimiento de los objetivos del sistema de seguridad social en salud.

La norma acusada atiende pues claramente al objetivo señalado por el Legislador de regular el flujo de caja de los recursos del sector salud, en este caso los del Fosyga, así como de precaver la apropiación o retención indebidas de los mismos.

Ahora bien, dicha finalidad, claramente compatible con los principios superiores que orientan el sistema de seguridad social en salud, así como la función pública (arts 48. 49 y 209 C.P.), -y en particular con el principio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

eficiencia a que ellos aluden -, es desarrollada en el artículo acusado estableciendo un término razonable - seis meses -, para que se efectúen las reclamaciones a que haya lugar. Término que al tiempo que da un margen prudencial a los interesados para presentar sus reclamaciones, i) permite al Fosyga tener claridad sobre el volumen de recursos requeridos en un periodo determinado y organizar su flujo de caja, ii) facilita la labor de presupuestación por las autoridades competentes de los recursos requeridos por el sistema, iii) permite que en un menor término se de respuesta a las reclamaciones dirigidas al Fosyga y de esta manera los recursos así reconocidos vuelvan a ser utilizados por las entidades de salud en la prestación del servicio. (...)»

De lo expuesto en precedencia, concluye la Sala que la glosa de extemporaneidad formulada por cada uno de los recobros reconocidos por el Juzgado, se contrae a que la demora en la radicación de la factura no elimina la existencia del derecho, y por lo tanto es recobable por vía judicial siempre que no se encuentre afectada por el fenómeno de prescripción, como ocurre con las facturas que se discriminan a continuación:

	Factura Número	Fecha egreso	Fecha radicación	Fecha radicación de la demanda	Valor presentado y glosado
1	16912	23/09/2009	22/09/2012	28/08/2014	\$56.526
2	17015	05/12/2011	21/03/2013	28/08/2014	\$98.645
3	17071	19/10/2010	07/06/2013	28/08/2014	\$106.302
4	17086	18/08/2011	03/04/2013	28/08/2014	\$118.785
5	17096	16/05/2011	03/04/2013	28/08/2014	\$60.216
6	17121	31/01/2011	03/04/2013	28/08/2014	\$4.000
7	17123	23/01/2012	03/04/2013	28/08/2014	\$7.296
8	17129	22/01/2012	03/04/2013	28/08/2014	\$84.211
9	17130	19/12/2011	03/04/2013	28/08/2014	\$76.607

Total: \$612.588

Concluye esta Sala de Decisión que, en el estadio de cosas fácticas y normativas, la llamada a juicio no pudo desligarse de sus deberes en la medida que no resulta atendible la glosa de extemporaneidad para el reclamado vía judicial de los recobros pretendidos, máxime que, se *itera*, sobre los que se relacionan en el cuadro precedente no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción de acuerdo a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la fecha de egreso, la data de la reclamación y la fecha de radicación de la demanda, siendo innegable la obligación de reintegrar al pagador todas las sumas canceladas por la prestación de los servicios que asumió a favor de víctimas de accidentes de tránsito y riesgos catastróficos, por la suma de **\$612.588**.

Siendo importante destacar que no es procedente acceder al recobro 17102, pues si bien, en los términos expuestos no resulta atendible la glosa de extemporaneidad en sede judicial, lo cierto es que sobre el mismo se formuló una glosa adicional bajo la denominación «soportes», encontrando de la revisión de los documentos que fueron allegados por la demandante ante la accionada, de cara a los exigidos en el artículo 4° numeral 2 del Decreto 3990 de 2007, para los servicios médico quirúrgicos, que si bien se allegó formulario de reclamación dispuesto por el Ministerio de la Protección Social, por los servicios prestados a víctimas de eventos catastróficos y accidentes de tránsito, historia clínica debidamente diligenciada y suscrita por médico tratante, informe policial de accidente de tránsito y croquis, lo cierto es que no se adjuntó la respectiva factura emitida por la IPS en la que consten los servicios prestados, pues solo se observa cuenta de cobro, sobre la cual también se hizo la observación *«La DIAN ha informado que en materia Tributaria, las cuentas de cobro no se consideran factura ni documento equivalente y lo ha reiterado según Art 18 de la Ley 962/05.»*

De suerte que, debe mantenerse el reconocimiento de los 9 recobros definidos por el Juzgado, sin adicionar el identificado con el número 17.102, dado que para su reclamación no se allegaron todos los soportes exigidos por las normas aplicables para el efecto.

Procediendo a la modificación del fallo apelado, en la cuantificación impuesta, por virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la ADRES, dado que revisada la suma total de las facturas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reconocidas por el A Quo, esta resulta inferior a la definida en la sentencia opugnada.

INTERESES MORATORIOS

En lo que hace referencia a los intereses moratorios, como en este caso se estableció que las fechas de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, dentro de los mencionados recobros se circunscriben a los años 2009, 2010, 2011 y 2012, debe tenerse en cuenta tanto el Decreto 1281 de 2002, como el Decreto 019 de 2012.

Se reitera que, conforme a la primera de las normas señaladas: *«(...)Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.(...)»*, norma que fue modificada por el artículo 111 del Decreto 019 de 2012, en el que se previó para este efecto, un término máximo de un año, siendo del caso precisar que esta normatividad entró en vigencia a partir del 10 de enero de 2012.

Adicionalmente, el artículo 13 de la Resolución No. 3099 de 2008 establece que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto cuenta con el término de 2 meses para cancelar las sumas de dinero que sean recobradas por las EPS.

Conforme lo señalado en precedencia, es claro que existe normatividad legal que permite ordenar el pago de intereses moratorios sobre los recobros presentados **de manera oportuna**, por lo que verificadas cada una de las facturas que serán objeto de condena, es patente que no hay lugar a irrogar condena por intereses moratorios, contrario a lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

establecido por la Juez de Conocimiento, como quiera que del cuadro anteriormente referenciado, se establece con claridad que la presentación de las facturas allí discriminadas no se hizo dentro del término de 6 meses o de un año, según sea el caso, y en atención a los términos de las normas mencionadas, por lo que habrá de revocarse la sentencia de primera instancia sobre este pedimento.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 10 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de establecer que el monto a reembolsar por concepto de 9 servicios de salud prestados a víctimas de accidentes de tránsito por la **ESE HOSPITAL GILBERTO MEJÍA MEJÍA EN LIQUIDACIÓN**, asciende a la suma única de **\$612.588**, precisando que la factura 17096, realmente asciende a la suma de \$60.216, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 10 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar absolver a la **ADRES** de los intereses moratorios reclamados por la parte actora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para 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 ALREDO 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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **BLANCA CECILIA BOHÓRQUEZ GONZÁLEZ** CONTRA 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 veinticinco (25) días del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), 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 con

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

1. 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»



cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **BLANCA CECILIA BOHÓRQUEZ GONZÁLEZ** 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 condene a la AFP Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones los aportes; condenar a Colpensiones a recibirla nuevamente en calidad de afiliada; condenar a las demandas a lo que resulte probado ultra y extra *petita* y las costas procesales. (fl. 2 y vuelto y 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 12 de diciembre de 1962; que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1° de septiembre de 1995 al 1° de mayo de 2006; que fue visitado por varios promotores de ventas de los fondos privados entre ellos de la AFP Porvenir S.A., siendo este último el que realizó el traslado de régimen pensional; que el fondo privado demandado no desplegó ninguna actividad de asesoramiento que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado; que el 21 de junio de 2017 radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones solicitud de nulidad o invalidez de la afiliación, la que fue negada el 21 de junio de 2017; que el 11 de



julio elevó petición ante Porvenir S.A., peticionando la nulidad del acto jurídico, la cual no fue accedida.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que no hay lugar a declarar la anulación de la afiliación de la demandante, en tanto dicho acto jurídico cuenta con plena validez y legalidad, ello por cuanto no se probó al interior del proceso causal alguna de nulidad, llámese vicio en el consentimiento, fuerza o error, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, norma que busca proteger a la entidad de una eventual descapitalización. Por último, señaló que de existir la nulidad alegada, la misma se encuentra prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del C.C. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 68 a 89).

A su turno, la sociedad accionada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, en esencia, que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de la ineficacia o la nulidad de la afiliación, en tanto al momento de la afiliación a la demandante se le suministró la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, del mismo modo el acto jurídico cumplió con las exigencias que imponía la ley para dicho momento, sumó a ello, que la accionante contó con varias oportunidades para retornar al RPM. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de prescripción,



prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 110 a 126).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 28 de enero de 2021, resolvió **declarar** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del año 2006; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones –Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causado sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, **condenar** a Colpensiones aceptar el traslado y contabilizar las semanas cotizadas por la demandante, **declarar** no probados los medios exceptivos formulados, y **condenar** en costas a Porvenir S.A. (fl. Cd. 216).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si se está o no en presencia de la ineficacia de la afiliación, y luego de acudir al criterio sentado y pacífico del Órgano de cierre en materia laboral, estableció que el deber de información para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993, para luego constituirse en un deber de información y buen concejo, mismo que no se acreditó en el devenir del proceso ni aun así del formulario de afiliación que fue allegado al informativo, aspectos que le impidieron a la afiliada efectuar una elección libre y voluntaria, ineficacia que deviene indistintamente si la accionante era o no beneficiaria del régimen de transición.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte sociedad demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que se



interpretó por parte de la sentenciadora de primera instancia que la AFP tenía la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., y la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia, ello en tanto se pasó por alto que, en los supuestos de hecho alegados por la parte demandante en el escrito inaugural, aquella afirmó que fue visitada por varios promotores y que no se le brindó información sobre el traslado, aspectos estos que brillan por su ausencia en materia probatoria, lo que impide declarar la ineficacia pretendida, sumó a ello, que existen actos de relacionamiento por parte de la demandante, los cuales se pueden verificar de las diferentes actuaciones que adelantó la accionante ante la AFP, aunado a que la Ley 100 de 1993, no estipuló el deber de información para desatar el acto jurídico de traslado. Por último, señaló que de accederse a las pretensiones de la demanda no habría lugar a que se ordene el traslado de gastos de administración y seguros previsionales, en tanto dichos emolumentos cumplieron con la finalidad que fue establecida por la misma ley y que la afiliada goza de los beneficios y coberturas que cubren las diferentes contingencias.

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: En la oportunidad procesal la parte demandante **Blanca Cecilia Bohórquez González**, formuló alegaciones de conclusión en las que solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que el fondo privado en el devenir del proceso no cumplió con la carga probatoria para acreditar el deber de información que ha dispuesto jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia.



Parte demandada: La **Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones** en lo oportunidad procesal correspondiente solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, que en el presente asunto existe material probatorio que demuestra que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, asimismo se puede constatar que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información que para el momento de suscripción del negocio jurídico imponía la ley, resultando imposible imponer cargas probatorias distintas a las allí contempladas, sumó a ello, que de accederse a las suplicas de la demanda se pone en riesgo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Parte demandada: La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, allegó escrito de alegaciones de conclusión en el que peticionó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y para tal efecto señaló que la sentenciadora de primer grado no le dio la valoración adecuada al formulario de afiliación, el cual cumplió con las exigencias legales que se le imponía en la época a la sociedad, resultando plenamente valido el acto jurídico de afiliación, sumó a ello, que no se acreditó los supuestos de hecho sobre los que se pretende edificar la ineficacia pretendida. Por último, censuró la condena a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales en cabeza de la AFP, dado que aquellos emolumentos tienen un fundamento legal y fueron destinados para el fin para el cual fueron creados.

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 23 a 29 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 la demandada Porvenir S.A., en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por BLANCA CECILIA BOHÓRQUEZ GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 11); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 14, 15, 41, 42, 131 y 132); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 16 a 22); reclamación administrativa (fl. 23 a 29); petición radicada ante Porvenir S.A. (fl. 33 a 36 y 145 a 159); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 40); formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 43, 129 y 130); comunicados de prensa (fl. 45); expediente



administrativo (fl. 90); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 127 y 128); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 133 a 141 y 162 a 168); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 160 y 161); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir S.A. (fl. 172 a 196); bono pensiona emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 197 a 205).

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

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

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

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

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

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

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

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

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de «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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de



afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

En tal sentido, el 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de septiembre de 1995 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 210 a 216 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 5 de agosto de 2006 (fl. 129). aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 128 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 Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni deviene aún del formulario de afiliación que reposa a folio 129 de las diligencias.

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 el acto jurídico de traslado se dio «... en ese momento en que se presentó la afiliación yo no solicité por ningún medio que fuera afiliada a Porvenir, sino que me arreglaran un problema que tenía de dos cuentas que me habían abierto con mis cesantías, entonces ellos fueron con el formulario para que se me arreglara las dos cuentas que me habían abierto con las mismas cesantías de la misma empresa, entonces ese es el modo ese, en ningún momento me dieron una indicación y yo, o sea de ninguna clase ni de parte de Porvenir ni de parte de Colpensiones el traslado de fondo de pensión, nada yo de eso no me entere de ninguna cosa de esa». (Cd. Fl. 219).

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



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

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo 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 la sentenciadora de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al



considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto.

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

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

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

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

(...)

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



consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la 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, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

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

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

COSTAS: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000. En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 28 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **BLANCA CECILIA BOHÓRQUEZ GONZÁLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ROSANA MAHECHA RAMÍREZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y COMO VINCULADA **BLANCA LILIA MORENO ROMERO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ROSANA MAHECHA RAMÍREZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad a partir del 1° de junio de 2012, en cuantía inicial de \$566.700, junto con las mesadas adicionales y los incrementos de ley; la indexación de las sumas reconocidas; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo que resulte probado ultra y extra *petita*; las costas y agencias en derecho. (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 y 3 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que nació el 6 de octubre de 1945; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 48 años de edad; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales 1.065 entre el 29 de agosto de 1968 y el 31 de mayo de 2012; que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, había cotizado más de 750 semanas al sistema; que el 14 de junio de 2012, elevó solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue negada mediante Resolución GNR 25751 del 6 de marzo de 2013; que interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo que le negó la prestación económica, el cual fue desatado mediante Resolución VPB 7562 de 20 de mayo de 2014, confirmando la decisión censurada.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al



considerar en esencia, que la Entidad deberá proceder de acuerdo a lo que el Juez determine en el presente proceso por cuanto son la parte actora y sus empleadores quienes deben probar su respectiva relación laboral y contractual para así determinar si realmente los periodos que pretende hacer valer existen para de este modo ser tenidos en cuenta dentro de la historia laboral. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, inexistencia relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro prejurídico y cálculo actuarial presuntivo; buena fe y la innominada o genérica. (fl. 33 a 41).

Por último, la vinculada **BLANCA LILIA MORENO ROMERO**, al descorrer el traslado de la demanda manifestó su no oposición a las pretensiones incoada en el *libelo* introductor, al considerar, en esencia, que la demandante laboró por más de 20 años y realizó aportes a la seguridad social en pensión, sumó a ello, que reportó en debida forma el pago de las semanas que en principio no le fueron consignadas a la actora, destacándose así un actuar de buena fe por parte suya. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó buena fe, y la genérica. (fl. 56 a 58).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de febrero de 2021, resolvió **condenar** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de septiembre de 2016, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente, por trece mesadas anuales, junto con



los incrementos de ley, prestación que deberá ser debidamente indexada; **autorizar** a Colpensiones a que descuenta del retroactivo a que tiene derecho la demandante, el porcentaje que en derecho corresponde al aporte a seguridad social en salud; **absolver** a la encartada de las restantes pretensiones de la demanda; **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos y **condenar** en costas a la accionada. (fl. Cd. 61).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el caso bajo estudio, no existe duda en torno a la calidad de beneficiaria de la demandante del régimen de transición pues para el 1° de abril de 1994, contaba con 49 años de edad y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la actora no estaba obligada a cotizar las 750 semanas de cotización, en tanto si bien para el 31 de julio de 2010, la actora contaba con 707.37 semanas cotizadas al sistema, debe tenerse en cuenta que conforme lo prevé el artículo 2° del Decreto 758 de 1990, el requisito de edad se cumplió el 6 de octubre del años 2000, al llegar la demandante a la edad de los 55 años, antes de fenecer el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En tal virtud, la accionante es beneficiaria del citado régimen de transición.

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:



Parte demandante: La parte actora, en la oportunidad procesal otorgada allegó escrito de alegaciones de conclusión, en los que petitionó la confirmación de la sentencia de primera instancia, al considerar que, cumple con los requisitos para que la prestación pensional le sea reconocida bajo los lineamientos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Parte demandada: A su turno la accionada Colpensiones, al descorrer el traslado para alegar de conclusión solicitó la revisión del fallo de primer grado, y para tal efecto señaló que, si bien la actora acreditaba, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la edad de 49 años, lo cierto es que no cumplió con el requisito de densidad de semanas que previó el Acto legislativo 01 de 2005, en tanto para el 31 de julio de 2010, contaba con apenas 701 semanas cotizadas por lo que no pudo extenderse el beneficio transicional hasta el 2014. En virtud de lo anterior, no es procedente el reconocimiento prestacional deprecado.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita



a folios 9 a 16 del informativo, actos administrativos por medio de los cuales se resolvió la petición de reconocimiento pensional.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos demandatorios, las inconformidades planteadas por la accionada en el recurso de alzada, los argumentos dados por la Juez de Primera Instancia y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la Entidad pensional, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conferidas por el artículo 69 del C.P.T., y la S.s., procede a determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y le asiste el derecho a obtener la pensión de vejez acorde a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

PENSIÓN DE VEJEZ - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Como es sabido, por disposición expresa del artículo 36 de la ley 100 de 1993 las personas que a 1° de abril de 1994 acreditaran, 35 o más años de edad si son mujeres, 40 o más años de edad en el caso de los hombres o más de 15 años de servicios, tendrán derecho a acceder a su pensión con los requisitos establecidos en la norma anterior.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el párrafo transitorio 4° del acto legislativo 01 de 2005, dispone:

«Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014».



Así las cosas, con el objeto de establecer la procedencia del reconocimiento pensional deprecado, se adentra la Sala en el estudio de la norma pensional que resulta aplicable al caso de la actora, teniéndose entonces que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos

Así entonces, en principio, la señora ROSANA MAHECHA RAMÍREZ, para el 1° de abril de 1994 contaba con 48 años de edad, tal como se advierte del documento de identidad que reposa a folio 8 del informativo; 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, en el que se indicó 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 la 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*».

En tal contexto, se tiene que al examinar la historia laboral emitida por Colpensiones y que reposa a folios 17 a 23 del expediente la demandante logró acreditar una densidad de semanas de 742.58, lo que en principio le impediría ser beneficiaria de la transición de la cual pretende beneficiarse, pese a ello, resulta necesario advertir que para el 6 de octubre de 2000, la señora Rosana Mahecha Ramírez cumplió la edad de 55 años, y que para la misma calenda ya contaba con densidad de semanas cotizadas al sistema de 682.43, lo que la ubica dentro de la previsión legal del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la prestación pensional que aquí reclama.

Bajo ese contexto, al haberse acreditado los requisitos mínimos para acceder a la prestación pensional con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, no resulta procedente dar aplicación al límite temporal allí estatuido para que la demandante accediera a la pensión de vejez bajo los derroteros del Acuerdo 049 de 1990, pues se itera, cumplió con las exigencias previstas en la Ley 100 de 1993, en el entendido que a 1° de abril de 1994, contaba con 48 años de edad lo que la hace beneficiaria de la transición allí establecida, causando el derecho el 6 de octubre del año 2000, data para la cual cumplió con los 55 años de edad y las 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas.



En este entendido, pese a que en esta segunda instancia se llega a la misma conclusión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, en el entendido de tener a la demandante como beneficiaria del régimen de transición, y en consecuencia acceder al derecho pensional deprecado, se efectúa por argumentos disímiles a los expuestos en la providencia consultada. En tal virtud, pese a la disparidad de argumentos, se confirmará la decisión en este aspecto.

FECHA DE DISFRUTE Y MONTO DE LA MESADA PENSIONAL

Corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual la accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

«ARTÍCULO 13.- CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su **desafiliación** al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.*»
(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona».*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha de disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Entre tanto, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo



solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

Ha considerado además la jurisprudencia, que cuando no resulta claro de las pruebas aportadas el momento en el cual el afiliado se retira del sistema, deben evaluarse las circunstancias específicas en cada asunto. Así, en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que *«en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente (...) en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que **la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema** (...) Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, **dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez**»*. (Resalta de la Sala).

En claro lo anterior, esta instancia siguiendo los lineamientos expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, encuentra diversos presupuestos fácticos que le permiten inferir la desafiliación a partir del día 31 de agosto de 2016, en tanto fuese en esta calenda la datan en que la demandante efectuó la última cotización al sistema.

Motivo por el cual, pertinente es concretar como data de disfrute la concerniente al 1° de septiembre de 2016, tal como lo dispuso la juez de primera instancia; razón por la cual, habrá de confirmarse la sentencia consultada en este aspecto.



Ahora, en lo referente al monto en que deberá reconocerse la prestación pensional, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, y como quiera que la señora Rosana Mahecha Ramírez efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente en la mayor parte de su vida laboral, teniendo tan sólo un incremento en el mes de agosto de 2016, surge patente su reconocimiento en cuantía de un SMLMV. De suerte que habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por último, y en lo que atañe al número de mesadas que se deben reconocer al año, como quiera que la promotora del juicio causó el derecho con antelación al Acto Legislativo 01 de 2005, sería procedente su reconocimiento en 14 mesadas al año, pese a ello, y como quiera que la sentenciadora de primer grado condenó a al reconocimiento de 13 mesadas, decisión que no fue censurada por la parte demandante, y ante la imposibilidad de hacer más gravosa la situación para la Entidad pensional, en tanto se surte el grado jurisdiccional de consulta a su favor, emerge la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P., norma aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T., y de la S.S., surge la necesidad de fijar el monto del retroactivo pensional, el cual una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que a la demandante le asiste derecho a que la encartada le reconozca y pague la suma **de \$47'187,741,00**, valor liquidado a 28 de febrero de 2021. En esa medida, habrá de modificarse la sentencia consultada en este aspecto.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, por regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Así entonces, de la documental militante en el plenario se evidencia que habiéndose causado el derecho al disfrute de la prestación el 1° de septiembre de 2016, radicado la demanda el 30 de mayo de 2018, es patente concluir que dicho fenómeno extintivo no había operado. En tal virtud, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

Por último, en lo que atañe a la indexación ordenada por el Juez de Conocimiento, se confirmará tal condena ante el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

En lo que corresponde a este punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral en la sentencia Rad. 36901 del 10 de mayo de 2011, enseñó que la corrección o actualización monetaria se aplica a todas las obligaciones laborales, como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo:

«La Corte también ha asentado que si bien es cierto no existe texto legal que consagre la llamada ‘indexación’ o corrección monetaria de las obligaciones laborales, distintas hoy, por ejemplo, al ingreso base de liquidación de la pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 (artículo 21), como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo en economías inflacionarias como la nuestra, que es lo que la Corte entiende dio por acreditado el Tribunal en el presente asunto, también lo es que resulta en un todo atendible la actualización de su valor por haberse afectado por el retardo en el pago de la prestación, de suerte que, para tenerse por pagado totalmente el crédito laboral, y no habiendo el legislador dispuesto otra forma de compensar el dicho



efecto, debe incluirse la corrección monetaria que permita mantener el valor del aludido crédito. En otros términos, la indexación no es más ni menos que la actualización del valor del crédito, no un concepto distinto al de su real valor, como lo son, verbigracia, los intereses de mora, los perjuicios, las sanciones, las indemnizaciones, etc.»

COSTAS:

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición dado que el conocimiento del presente 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 11 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ROSANA MAHECHA RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y como vinculada **BLANCA LILIA MORENO ROMERO**, en el sentido de **CONDENAR** a la encartada a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de vejez conforme lo establece el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de septiembre de 2016, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente, con los incrementos de ley y por 13 mesadas al año, junto con el respetivo retroactivo pensional el que liquidado a 28 de febrero de 2021, asciende al valor de \$47'187,741,00, suma esta que deberá ser indexada al momento de su pago. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin lugar a su imposición dado que el conocimiento del presente 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 ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA VICTORIA CAICEDO LINARES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), 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 con cedula de ciudadanía No. 137.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación

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

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

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

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



de **Colpensiones**, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA VICTORIA CAICEDO LINARES** a través de apoderado judicial, pretende se declare que el reconocimiento pensional realizado a su favor por Colpensiones fue tardío y no consideró una correcta imputación de pagos sobre las semanas efectivamente cotizadas; en consecuencia, se condene a la demandada a la contabilización de la totalidad de semanas válidamente aportadas al Sistema General de Pensiones, al igual que a reconocer y pagar la pensión de vejez, por vía del régimen de transición, a partir del 7 de enero de 2011, junto con el pago de mesadas ordinarias y adicionales causadas entre dicha data y el 1º de noviembre de 2017, el retroactivo pensional, los intereses moratorios o la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folio 186).

De manera subsidiaria, solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por virtud del régimen de transición, desde la fecha en que cumplió los requisitos de edad y semanas cotizadas, así como a las demás pretensiones formuladas de manera principal (folio 187).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 187 a 192 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 7 de enero de 1956, por manera que cumplió 55 años, el mismo día y mes del año 2011; que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por la encartada el 18 de octubre de 2011, entre enero de 1995



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y julio de 2009, cuenta con 740 semanas de cotización, amén que en el reporte de semanas de junio de 2015 y de octubre de 2017, en el lapso comprendido entre el 24 de julio de 1990 y el 31 de diciembre de 2004 cuenta con 231,71 semanas, precisando igualmente, que para el ciclo de abril de 1997, cuenta con 4,29 semanas; que de conformidad con los reportes emitidos por Colpensiones, para el mes de julio de 2009, cuenta con 976 semanas de cotización, y para el 25 de julio de 2005, cuenta con 762 semanas de cotización; que el 4 de marzo de 2011 solicitó ante el otrora ISS el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual le fue negada por la entidad en la Resolución 106734 del 14 de abril de 2011, confirmada en Resolución VPN 55118 emitida por Colpensiones solo hasta el 31 de julio de 2015; que reiteró su solicitud de reconocimiento pensional, la cual le fue negada por la encartada mediante las Resoluciones GNR 0560 del 9 de abril de 2013, GNR 233047 del 12 de septiembre de 2013, VPN 11611 del 18 de julio de 2014, GNR 326918 del 2 de noviembre de 2016, actos administrativos en los cuales la demandada desconoció que tenía la calidad de beneficiaria del régimen de transición y que contaba con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores; que mediante Resolución SUB 21814 del 25 de enero de 2018, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2017, aplicando una tasa de reemplazo del 90% y teniendo en cuenta un total de 1.300 semanas de cotización; que a pesar de solicitar su prestación desde el 4 de marzo de 2011, continuó cotizando al Sistema porque así se lo exigió Colpensiones en los diferentes actos administrativos.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la actora no conservó el beneficio del régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010, dado que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, acredita 742 semanas de cotización, por manera que debió



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acreditar el número de 1.300 semanas para efectos de acceder al derecho prestacional a la luz de la Ley 797 de 2003, precisando que todas las decisiones que fueron tomadas en el presente caso, se encuentran ajustadas a derecho. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados 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 210 a 215).

DECISIÓN

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 10 de febrero de 2021, resolvió **condenar** a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor de la actora, la mesada 14, junto con el retroactivo causado para los años 2018, 2019, 2020 y las mesadas que se sigan causando, debidamente indexadas al momento del pago; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas en a la encartada. (CD a folio 365).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que si bien la actora al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 acredita 772 semanas, cumpliendo además con 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, que lo fue el 7 de enero de 2011, no es procedente reconocer la prestación de la mentada data, dado que ello le implicaría el pago de una mesada pensional igual al salario mínimo legal mensual vigente, situación que desmejoraría su condición pensional, porque aun cuando la entidad demandada la indujo a error exigiéndole mayores cotizaciones, lo cierto es que las efectuadas durante los últimos 6 años con base en un IBC equivalente a \$2.000.000, le permitieron una mesada pensional de \$1.828.566 para el año 2017. Concluye indicando que en todo caso, la demandante tiene derecho a la mesada 14, por cuanto su pensión se causó antes del 31 de julio de 2011 y su pensión es inferior a 3 salarios mínimos, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005.



RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que es procedente el reconocimiento y pago sobre las mesadas pensionales adicionales adeudadas; sumando a ello que las cotizaciones realizadas con posterioridad a enero de 2011, en algún momento dejaron de influir de manera favorable en el monto pensional, por manera que el disfrute de la prestación debe ser anterior al definido por Colpensiones.

A su turno, la **demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **también formuló recurso de apelación**, aduciendo como motivos de disidencia que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, la accionante solo cuenta con 742 semanas de cotización, por tanto, no conservó el régimen de transición y de contera, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14. Agrega que, en cuanto a la condena en costas debe presumirse la buena fe de la entidad, y por ende, revocarse la misma, dado que el artículo 365 del CGP consagra para el efecto considerar la conducta de las partes.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandada: La demandada **COLPENSIONES** reclama la revocatoria de la sentencia de primera instancia, aduciendo que la actora a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 cuenta con 745 semanas de cotización, de suerte que no extendió el beneficio de la transición más allá del 31 de julio de 2010, para merecer una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensión conforme a dicho régimen, precisando que tal exigencia de semanas debió ser cumplida por ella, dado que completó la edad mínima de pensión el 7 de enero de 2011; lo anterior, implica que su situación pensional sea dilucidada en los términos de la Ley 797 de 2003, que exige 1.300 semanas de cotización y 57 años en caso de las mujeres.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme deviene de la documental militante a folios 175 a 177, que dan cuenta de la solicitud de reconocimiento pensional desde el 7 de enero de 2011.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar la fecha a partir de la cual la accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida.



En segundo término, analizar la viabilidad en fulminar condena a título de mesada 14 y de intereses moratorios. Finalmente, determinar la procedencia de las costas de primera instancia a cargo de Colpensiones.

ESTATUS DE PENSIONADA

Al analizar la Sala las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia del documento de identidad de la demandante (fl. 5), copia de las Resoluciones 106734 del 14 de abril de 2011, GNR 056018 del 9 de abril de 2013, GNR 233047 del 12 de septiembre de 2013, VPB 11611 del 18 de julio de 2014, VPB 55118 del 31 de julio de 2015, GNR 326918 del 2 de noviembre de 2016, SUB 21814 del 25 de enero de 2018, (fls. 29 a 42), relación de novedades sistema de autoliquidación de aportes mensual para pensión (fls. 43 a 49), historias laborales expedidas por Colpensiones (fls. 50 a 66), copia de autoliquidaciones de aportes (fls. 69 a 174), copia de reclamación administrativa (fls. 175 a 182), medio magnetofónico contentivo de expediente administrativo (Cds. a folios 206 y 209); probanzas de las cuales se colige, que la señora MARÍA VICTORIA CAICEDO LINARES cotizó para los riesgos de I.V.M. en la administradora del régimen de prima media con prestación definida por el lapso del 24 de julio de 1990 al 31 de octubre de 2017 un total de 1.300,71 semanas (CD a folio 209); igualmente se acreditó que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 21814 del 25 de enero de 2018, a partir del 1º de noviembre de 2017 y en cuantía inicial de \$1.828.566 en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (fls. 34 a 42), supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

FECHA DE CAUSACIÓN

Corresponde a esta Sala, centrarse en el estudio de la fecha a partir de la cual la accionante efectivamente tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, por lo que se hace necesario recordar la legislación procedente según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990, así:

«Art. 13.- CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.»*

(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión. El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona»*

Dichos parámetros normativos permiten recalcar la diferenciación presentada entre la causación del derecho a la pensión y la fecha del disfrute. En efecto, la causación ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de la pensión, tales como la edad y cotizaciones, dependiendo del régimen pensional aplicable. Mientras que, el disfrute de la pensión deviene al momento en que lo solicite el afiliado, siempre que haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones.

En claro lo anterior, esta Sala de Decisión juzga conveniente traer a colación la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mediante la cual se consideró qué, si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 resulta aplicable para estos asuntos, lo cierto es que dicha normativa debe estudiarse e interpretarse en correlación a las particularidades fácticas que circunden el objeto prestacional, así las cosas, si la continuidad en el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones después de efectuada la correspondiente reclamación administrativa, se dio en razón a la negligencia de la entidad administradora de pensiones y, además, no se incrementan los factores que integran la mesada pensional, resulta viable el reconocimiento de la pensión de vejez, según los hechos relatados en el mencionado proveído, para la data posterior a la solicitud de pensión.

Determinación que enseñó:

«En el caso bajo examen, se tiene que la actora efectuó reclamación a la entidad el 17 de mayo de 2005 como se expone en la ya mencionada resolución (...)

(...) es pertinente recordar, que si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS. Al respecto, en un asunto de similares características, en sentencia que data del 1º de septiembre de 2009, radicado 34514, se dijo:

‘(...) tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional (...)

Lo resuelto a través de la sentencia que se reprodujo, tiene una razón de más para ser aplicada en el caso bajo examen, consistente en que los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones.” (Resalta fuera de texto)

Alusión jurisprudencial que encuentra igualdad de considerandos en la sentencia SL 1353 – 2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al doctrinar *«En esa perspectiva se advierte que, en este caso, la accionada actuó con negligencia al momento de resolver la solicitud del actor al indicarle que debía cotizar semanas adicionales con base en una normativa que no era pertinente. Por tanto, a pesar de que no hubo un retiro formal del sistema general de pensiones, la prestación deprecada debe otorgarse desde el día siguiente a aquel en que el actor cumplió con los requisitos para consolidar el derecho especial, esto es, a partir del 6 de octubre de 2007, pues el accionar de la entidad demandada lo obligó a continuar cotizando. Para efectos del cálculo del monto de aquella, no se deben tener en cuenta los aportes que realizó con posterioridad»* (subraya fuera de texto)

De cara a lo anterior, evidencia esta segunda instancia que a folios 6 a 7 se incorporó copia de la Resolución 106734 del 14 de abril de 2011 expedida por el entonces ISS, de la cual se avizora la solicitud pensional radicada el 4 de marzo de 2011, así como la indicación por esta administradora, de la ausencia de densidad de aportes por parte de la convocante para tal estadio temporal, por contar únicamente con «854 semanas», empero, contrario a lo allí descrito, del reporte de semanas cotizadas actualizada a 7 de febrero de 2020, se encuentra que para el momento del *petitum* pensional contaba con 957,97 semanas, de las cuales 934,11, fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, que tuvo lugar el 7 de enero de 2011 (fl. 5), de suerte que la actora, cumplía a cabalidad con los postulados del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y ostentaba la calidad de beneficiaria del régimen de transición, al contar con 38 años al 1° de abril de 1994 (fl. 5) y acreditar 752,39 semanas al 29 de julio de 2005, bajo los postulados del Acto Legislativo 01 de esa anualidad, para extender el derecho transicional hasta el 2014.



Circunstancia anterior, que conllevó la continuidad en el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión por MARÍA VICTORIA CAICEDO. En esa medida, no cabe duda que el pago de cotizaciones posteriores ocurrieron por una clara desidia de la entidad administradora de pensiones – otrora ISS; hecho que no puede ser trasladado a la convocante, quien al haber consolidado su derecho tuvo que continuar cotizando ante la negligencia de la entidad al estudiar la pretensión reclamada y no atender las solicitudes de corrección de historia laboral.

No obstante lo anterior, ha de destacarse que aun cuando para el momento de la primera reclamación administrativa la demandante contaba indubitablemente con la densidad para ser acreedora de la prestación pensional, lo cierto es que con las posteriores cotizaciones fue que logró acrecentar la tasa de reemplazo y mejorar su IBL, pues nótese que con la totalidad de 957,97 semanas le correspondería únicamente el porcentaje del 72% al tenor del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad y un IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de \$799.839,19, lo que conllevaba a una cuantía inicial equivalente a \$575.884,22, que es sutilmente superior al mínimo legal de la época, como se advierte de la liquidación efectuada por el Colegiado y que para la data de reconocimiento pensional, que lo fue el 2017, asciende a \$730.120,56.

Siendo claro que, la prestación reconocida en un *quantum* de \$1.828.566 a partir del 1° de noviembre de 2017 (fl. 40), hallada con base en una tasa de reemplazo del 90% y un IBL de \$2.031.740, le resulta más favorable a la parte convocante.



Conclusión que no sufre modificación, si en atención a lo aducido en la alzada de la parte actora, en el sentido que las cotizaciones posteriores en algún momento dejaron de acrecentar la mesada pensional, se prescinde de las últimas 50 semanas cotizadas, pues a pesar que con solo 1.250 la actora tendría derecho a una tasa del 90%, lo cierto es que al suprimir los aportes realizados en el último año, esto es, entre octubre de 2016 y octubre de 2017, igualmente se obtendría una mesada inferior conforme a la liquidación efectuada por este Tribunal, dado que a octubre de 2016 se obtendría una pensión de \$1.509.272,53, que al actualizarla a octubre de 2017 ascendería a \$1.704.108,67; suma que continúa siendo inferior a la que le fue reconocida a la convocante.

Demostrando aquella excepción a la regla para modificar la fecha de disfrute, referente al postulado jurisprudencial que lo impide, en tanto la *«no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional»*, a voces de la sentencia rad. 39391 del 22 de febrero de 2011, lo que imposibilita acceder al reclamo demandatorio y, de contera, confirmar la determinación de primer grado en lo que a este tópico concierne.

MESADA 14

Sobre esta prestación se advierte que el Juzgado impuso condena a Colpensiones, para efectos que fueren reconocidas las mesadas de junio causadas por los años 2018, 2019, 2020 y la que se sigan generando en adelante, frente a lo cual la encartada se opone por considerar que la demandante no causó su pensión como beneficiaria del régimen de transición.

Sobre el particular, ha de advertir la Sala que muy a pesar de los reparos que efectúa Colpensiones en su alzada sobre la improcedencia



de la mesada 14, se equivoca la Juzgadora de primera instancia al imponer condena por este concepto, en la medida que el litigio no versa sobre el reconocimiento y pago de dicha prestación, pues nótese que en el *libelo* genitor la demandante no formula pretensión alguna encaminada a su reconocimiento y en el acápite de hechos tampoco denuncia que la convocada se haya negado a su pago.

En ese orden, no entiende la Sala los motivos por los cuales el A Quo impuso condena a título de mesada 14, cuando lo pretendido en el *sub examine* únicamente se circunscribió al reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante desde el 7 de enero de 2011, y al consecuente pago del retroactivo pensional generado hasta el 1° de noviembre de 2017, junto con los respectivos intereses moratorios, pedimentos estos sobre los cuales se fijó el litigio, sin involucrar discusión en torno al reconocimiento y pago de la mesada 14.

Así las cosas, se equivoca el Juzgado al imponer condena sobre dicha prestación, en la medida que la demandante en el *examine* nunca propuso un debate sobre su falta de reconocimiento, el cual tampoco deviene del elenco probatorio, como para acceder a ella por virtud de las facultades *ultra y extra petita*; antes bien, del contenido de la Resolución SUB 21814 del 25 de enero de 2018 (fl. 34 a 42), lo que considera la Sala es que en efecto a la demandante se le viene pagando la mesada 14, pues a pesar que el disfrute de su pensión se estableció a partir del 1° de noviembre de 2017, lo cierto es que en dicho acto administrativo se reconoció expresamente como fecha de causación el 7 de enero de 2011, fecha anterior a la data límite establecida por el Acto Legislativo 001 de 2005, para el reconocimiento de la mesada 14 a favor de los pensionados que devengan una mesada menor a 3 SMLMV.



Conforme a lo dicho, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones invocadas por la demandante, circunstancia que da al traste con el anhelo de la parte actora de imponer condena a título de intereses moratorios sobre la mesada 14, se *itera*, por no existir discusión sobre su reconocimiento.

Lo anterior, además, releva a la Sala de analizar la procedencia de la condena en costas impuestas a Colpensiones en la primera instancia.

COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 10 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA VICTORIA CAICEDO LINARES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra por la parte actora, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, liquídense en primera instancia.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.**

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-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 **ENALBA ROSA FERNÁNDEZ GAMBOA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ENALBA ROSA FERNÁNDEZ GAMBOA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Colfondos S.A., quien no la asesoró conforme a la ley; en consecuencia, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiere trasladado, en virtud del regreso automático; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 4 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 5 del expediente digital, que en síntesis advierten que el 15 de septiembre de 1994, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., cuyo asesor no le brindó información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas del RPM y del RAIS, como tampoco le hizo un estudio de su situación particular; que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años y cumplió 55 años el 11 de septiembre de 2010, al nacer el mismo día y mes del año 1955; que se presenta una diferencia entre la mesada que recibiría en el RPM y aquella que otorgaría el RAIS; que cuenta con un total de 1.432 semanas; que solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado, lo cual le fue negado por la entidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que la afiliación de la demandante cuenta con validez, lo cual se soporta en las cotizaciones efectuadas a la AFP de manera libre, espontánea y voluntaria, además no



obra soporte alguno en el expediente que demuestre ningún vicio del consentimiento. Igualmente, señala que la actora no cuenta con 750 semanas al 1° de abril de 1994, como así lo exige la sentencia SU 130 de 2013, de manera que no puede regresar al RPM. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica. (fl. 66 a 77).

Por su parte, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que brindó a la demandante asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el citado régimen. Indica que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, sumando a ello que, la actora suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Concluye indicando que a la parte activa no se le está vulnerando su derecho pensional, porque puede obtener una pensión de vejez en el RAIS, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de



vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica. (fls. 97 a 105 archivo 1 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 9 de febrero de 2021, resolvió **declarar** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., de fecha 15 de septiembre de 1994; **condenar** a la demandada Colfondos S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; **condenar** a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; **condenar** a la AFP Colfondos S.A. en costas y agencias en derecho, sin costas en contra de Colpensiones. (Audio archivo 7 del expediente digital).

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



RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP Colfondos, precisando que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, motivo por el cual la entidad no puede ser favorecida ni perjudica con la declaratoria de nulidad, dado que no tuvo nada que ver con la decisión tomada por la demandante; es así que solicita no acceder a la condena de recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con esta decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, ya que ello genera un impacto en el Producto Interno Bruto y en la Reserva Pensional que día tras día se ha afectado de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos. Aduce que con el regreso de la demandante al RPM existe una alta posibilidad de reconocer derechos pensionales, lo cual impacta negativamente el Sistema, ya que lo hace después de 27 años a un régimen que no la tuvo en cuenta para sus reservas y sus cálculos financieros. Indica que de no acceder a la revocatoria del fallo, se debe condenar a la AFP convocada a pagar los perjuicios económicos generados, con sustento en la teoría del daño del derecho civil, según el cual quien causa el daño es el llamado a repararlo y no un tercero como Colpensiones.

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que los gastos de garantía de pensión mínima y gastos de la aseguradora, se descuentan a la afiliada por disposición legal, esto es, conforme al Decreto 4982 del 2007, cuyo artículo 1º establece que el 1,5% del aporte se destina al fondo de garantía de pensión mínima, además, el 3% se destina a la



comisión de administración, de manera que se tratan de dineros que ya no se encuentran en poder de Colfondos, sumado a que en la fijación del litigio jamás se estableció el estudio de la devolución del dinero que estuviere en poder de terceros y que no fueron vinculados al proceso, violandose de esta manera su derecho de defensa y contradicción. Concluye aduciendo que la demandante aun se encuentra afiliada a Colfondos, de manera que todavía está amparada por las pólizas de seguros que se adquirieron para efectos de cubrir las contingencias de muerte e invalidez, así como la garantía de pensión mínima.

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: Alega que tiene derecho a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado 15 de septiembre del año 1994 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, es procedente que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Parte demandante Colpensiones: Indica que cuando se trate de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición, como quiera que su traslado no acarrea la pérdida de situaciones favorables basadas en legislación anterior, para lograr la ineficacia del traslado, corresponde al



actor demostrar en el proceso, que información equivocada o falaz lo llevó a optar por escoger el RAIS a pesar del perjuicio que ello le significa, sin que por su simple afirmación, traslade la carga probatoria a la correspondiente administradora. Ello es así en consideración a que las personas cuyos derechos estén regidos en un todo por Ley 100 de 1993 no pueden prescindir del hecho que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes, cada uno de ellos con características diferentes, con todos sus pros y contras, pero que en todo caso se entienden como sistemas con beneficios equiparables; e allí que, en estos casos, para establecer la ineficacia del traslado sea preciso que se pruebe, sin lugar a dudas, que se recibió información errónea o falaz y que con base en ella se asumió la decisión del traslado, que lo perjudica. En ese orden, dijo que no procede declarar la nulidad de un traslado entre regímenes atendiendo únicamente a la existencia de una expectativa legítima (régimen de transición), sin hacer previamente un estudio profundo de las circunstancias propias en que se realizó el traslado, y en la determinación de la información suministrada al afiliado para realizar su traslado, pues es este el factor determinante a estudiar.

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 agotado con la documental visible a folio 15 archivo 1 del expediente digital.



PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o sí esto comporta una afectación a sus derechos; en igual sentido, si la condena impuesta por concepto de devolución de gastos de administración a cargo de Colfondos S.A. debe ser revocada.

Denotando que, ante la carencia de reparo por la AFP COLFONDOS S.A. en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutara consideración al respecto.

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 cédula de ciudadanía demandante (fl. 11 archivo 1 del expediente digital); formulario de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 13 archivo 1 del expediente digital); derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fl. 15 a 18 archivo 1 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas (fls. 20 a 21 y 79 a 82 archivo 1 del expediente digital), formato 1 expedido por la Rama Judicial del Poder Público (fl. 25 archivo 1 del expediente digital); simulación pensional (fl. 52 a 54 archivo 1 del expediente digital); declaración extrajuicio (fl. 56 archivo 1 del expediente



digital); expediente administrativo (archivo 2 expediente digital); de las cuales se colige, que la demandante elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de noviembre de 1975²; además, estando afiliada a Cajanal a través de su empleador Procuraduría General de la Nación se afilió a la AFP Colfondos S.A., el día 15 de septiembre de 1995³; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la nulidad declarada por el Juez de Conocimiento se sustentó en el engaño sufrido por parte de la AFP Colfondos S.A., ante la inexistencia de información veraz, íntegra y que atendiera la situación pensional de ENALBA ROSA FERNÁNDEZ GAMBOA, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, estando bajo un vicio de consentimiento denominado dolo, al inducirse al afiliado en error al momento del traslado, la nulidad declarada se apareja indiscutiblemente a la ineficacia del traslado y, como consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que

² Folio 20

³ Folio 13



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

Lo anterior, porque a pesar que la actora se encontraba vinculada a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, lo cierto es que existe una imposibilidad material en disponer, un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

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 que elevó Colfondos S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del



Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

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

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

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

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

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

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

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

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



nada afecta a un tercero de buena fe, como lo es la aseguradora, contrario a lo afirmado por Colfondos en su alzada, dado que ello no fue dispuesto en contra de aquélla, sino a cargo de la AFP convocada.

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, de manera que no le asiste razón en su alzada cuando afirma que como tercero de buena fe no debe asumir la afiliación de la demandante y por el impacto negativo que en su sentir se causa al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no siendo atendible tampoco su petición en cuanto a imponer condena a la AFP convocada por concepto de perjuicios, dado que ello no fue formulado por la parte demandante en su *libelo* introductor, y por tal motivo no hace parte del debate planteado en el *sub examine*.

Dimanando en la confirmación de la sentencia de primer grado.

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 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.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

adelantado por **ENALBA ROSA FERNÁNDEZ GAMBOA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, mediante la cual se declaró la ineficacia de traslado de la actora al RAIS, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: 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 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, liquídense en primera instancia.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ADRIANA JANETH PARRA PÉREZ** CONTRA 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 veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), 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

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ADRIANA JANETH PARRA PÉREZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones todos los aportes realizados; lo que resulte probado ultra y extra *petita* y condenar a las demandas a las costas y agencias en derecho. (fl. 5 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 6 de febrero de 1968; que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 11 de agosto de 1988 al 31 de mayo de 1999; que el 5 de mayo de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A; que acredita un total de semanas cotizadas de 1.102; que la decisión de trasladarse no fue tomada de forma informada, autónoma y consiente; que al momento del traslado no se le brindó una información completa, integral y veras sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional; que el 6 agosto de 2018, radicó ante Porvenir S.A., derecho de petición en la que solicitó copia del formulario de afiliación, y una proyección pensional en la que se diferenciara las mesadas que recibiría en cada uno de los regímenes, pedimento que fue atendido el 16 de agosto de 2018; que advierte una diferencia entre frente a la mesada pensional que recibiría en el fondo privado; que el 6 de agosto de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, la cual fue negada el 8 de agosto de ese año. .



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que el acto jurídico de traslado cuenta con plena validez ya que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y consiente en atención a lo dispuesto el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sumó a ello, que la AFP Porvenir cumplió con el deber de información que se le imponía para la época de suscripción del formulario de vinculación. Por último, señaló que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica. (fl. 93 a 106 del expediente digital).

Por su parte, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto no se acreditó vicio alguno en el consentimiento de la afiliada, del mismo modo señaló que la AFP cumplió con el deber de información que para la época del traslado le imponía la legislación nacional, sumó a ello, que el hecho de no haber existido la debida información no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 157 a 179).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 23 de febrero de 2021, resolvió **declarar** no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas; **declarar** la ineficacia del traslado que realizó la demandante ante la AFP Porvenir S.A; **condenar** a la AFP Porvenir .S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la actora durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; **ordenar** a Colpensiones a la accionante como afiliada al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado; **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el a quo que, en atención a la jurisprudencia vertida por el Órgano de cierre en materia ordinaria laboral, surge en cabeza de las AFP, el deber de información y buen consejo dado el impacto que tiene el traslado de régimen en el derecho pensional del afiliado, mismo que no se acreditó en el devenir del proceso por parte de las AFP demandada, en tanto no allegó material probatorio alguno que diera cuenta del cumplimiento de dicho deber.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que para el momento en que se dio el traslado de la demandante, el ordenamiento jurídico no contemplaba una exigencia en torno a documentar la asesoría que se le brindaba al afiliado diferente al formulario de afiliación, es así que sólo por el avance legislativo y jurisprudencial es que se puede comenzar a exigir el deber de información y buen consejo; en tal virtud, no es posible exigir prueba diferente al formulario de vinculación, sumó a ello, que el inconformismo de la accionante se presente en el momento en que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y el mismo versa frente al monto de la prestación pensional que entrará a disfrutar, aspectos que no decantan en la ineficacia del acto jurídico de traslado. Por último, señaló que no es procedente la condena por concepto de devolución de gastos de administración y seguros previsionales, por cuanto dichos emolumentos tienen una disposición específica de orden legal y que fueron destinados al fin para el cual fueron creados.

Por último, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que el *a quo* al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta la teoría de la relatividad jurídica en tanto Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, ello si se tiene en cuenta que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, razón por la cual independientemente de la determinación a la que arribó el juez, la Entidad no puede ser favorecida ni perjudicada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante:

Parte demandada: La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, presentó escrito de alegaciones de conclusión en los que petitionó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que el acto jurídico de afiliación suscrito entre la demandante con la AFP cuenta con plena validez, surgiendo la necesidad para la parte actora de demostrar los vicios en el consentimiento que puedan decantar en la anulación del traslado, sumó a ello, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 797 de 2003.

Parte demandada: A su turno, la accionada **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al descorrer la oportunidad para alegar de conclusión solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por la demandante, aunado a que no se acreditan en el presente asunto vicios en el consentimiento que puedan abrir paso a la anulación de la afiliación, sumó a ello, que la asesoría que se le brindó a la afiliada se sujetó a las previsiones normativas que imperaban en la época del traslado. Por último, señaló que no resulta procedente condenar a la entidad a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, dado



que los mismos tienen un fundamento legal y fueron destinados para el fin para el cual fueron creados.

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 43 a 48 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, 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 ADRIANA JANETH PARRA PÉREZ al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 22); petición radicada ante Porvenir S.A. (fl. 23, 24 y 34 a 39); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 25 a 27 y 40 a 42); Formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 28 y 206); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 29 y 202); simulación pensional (fl. 30 a 33); reclamación administrativa (fl. 43 a 51); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 52, 53 y 108 a 111); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 54 a 64 y 193 a 199); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 180 y 181); relación histórica de movimientos (fl. 182 a 192); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 200, 201, 203 y 204).

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

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



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

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

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

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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede**



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 que:

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el 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.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al



de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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 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 11 de agosto de 1988, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 52 y 53 del expediente digital, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 5 de mayo de 1999 (fl. 28), información que es ratificada con aquella que se reporta Asofondos (fl. 180 a 181), 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 Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 206).

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 *«Estando yo en mi puesto de trabajo, en esa época trabajaba en el Instituto de Comercio*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Exterior, se acercó una persona, eh diciéndonos que, eh el Seguro Social, que las pensiones se iban a acabar, que el Seguro Social se iba a acabar entonces que debíamos decidir pasarnos a un fondo de pensiones privado, esto era una figura nueva para mí, simplemente me hizo llenar un formulario, que porque él me pidió una información y la llenó».

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

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

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



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 de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, 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 tales dineros tienen una destinación legal y ya fueron invertidos para la debida administración de los recursos de la actora, sumado no resulta procedente aplicar las consecuencias propias de una nulidad a la ineficacia aquí declarada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la 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 emana 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.

Por lo hasta aquí estudiado, es que surge patente la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 23 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ADRIANA JANETH PARRA PÉREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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



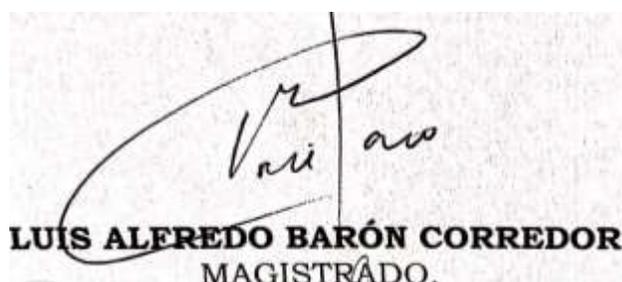
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIA MARCELA SALCEDO DE PULIDO** CONTRA **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y 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 veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), 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 **Leidy Carolina Fuentes Suárez** identificada con

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 1.049.614.551 de Tunja y tarjeta profesional 246.554 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA MARCELA SALCEDO DE PULIDO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Colfondos S.A., al igual que se encuentra inscrita en el RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia, se condene a la AFP Colfondos trasladar a Colpensiones el valor de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y los descuentos efectuados por concepto de gastos de administración; condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a aceptar su traslado e inscribirla en el RPM; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (folio 3 archivo 1 del expediente digital).

De manera subsidiaria, pretende se declare que el promotor de la AFP Colfondos S.A. carecía de idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media, al igual que la AFP Colfondos S.A. es responsable de las infracciones, errores u omisiones del promotor que le asesoró al momento de su traslado de régimen pensional; en consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el traslado de régimen, bajo la modalidad de lucro cesante y daño emergente, así



como al pago de la diferencia en el valor de la pensión, con cargo a sus propios recursos.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 6 archivo 1 del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 31 de julio de 1963; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 12 de junio de 1985; que el 22 de octubre de 1997, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A; que durante la afiliación a la referida sociedad, se le indicó que obtendría una pensión anticipada de mayor valor a la que le correspondería en el RPM, sumado a que el otrora ISS sería liquidado, con la consiguiente pérdida de sus aportes; que la AFP Colfondos S.A. nunca suministró la información suficiente, amplia, completa y comprensible correspondiente al nuevo Régimen de Ahorro Individual, tampoco se le hizo una comparación de los regímenes pensionales y no se explicaron las ventajas y desventajas de cada uno; que la AFP Colfondos S.A. ocasionó un perjuicio representado en la diferencia entre el valor de la pensión que pudo haber reconocido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el valor de la pensión que entraría a reconocer el Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A.; que el 1º de noviembre de 2018 radicó solicitud a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones requiriendo el traslado de régimen pensional por nulidad en el acto de afiliación al RAIS, sin que la entidad resolviera la petición realizada.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a las pretensiones que fueron formuladas en su contra, al considerar en esencia que la afiliación de la demandante a la AFP Colfondos S.A. lo fue de manera libre y voluntaria, pues suscribió el respectivo formulario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que dio lugar a un negocio jurídico generador de obligaciones recíprocas; sumando a ello que, la convocante estaba llamada a informarse de las consecuencias del traslado, las cuales corresponden a una información pública, cuyo desconocimiento da lugar a un error de derecho que no vicia el consentimiento, en los términos del artículo 1509 del Código Civil. Señala igualmente que, la demandante no cuenta con las 750 semanas exigidas al 1º de abril de 1994, conforme a la sentencia SU 130 de 2013, por manera que no le es permitido retornar al RPM en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica. (fl. 70 a 79 archivo 1 del expediente digital).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante expresó su voluntad de traslado, contando con toda la información que requería, lo cual le imprimió validez a dicho acto jurídico. Agrega que la demandante no hizo uso del derecho de retracto, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación. Señala que publicó avisos en prensa, con el fin de advertir a todos sus afiliados sobre la posibilidad de regresar al RPM dentro del año de gracia que concedieron la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, sin que la actora haya hecho uso de ese derecho, lo cual no puede ser imputable a la AFP, dado que fue la convocante quien decidió permanecer afiliada al RAIS. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de los



perjuicios reclamados y la innominada o genérica. (fls. 90 a 102 archivo 1 del expediente digital).

A su turno, **SAKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, en calidad de litis consorcio necesario, formuló oposición a las pretensiones relacionadas con la nulidad de traslado de la convocante, al considerar que la afiliación realizada por la señora MARIA MARCELA SALCEDO DE PULIDO se efectuó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, del 1° de septiembre de 2007 al 28 de febrero de 2018, conforme a los postulados de buena fe, por manera que en lo que respecta a la afiliación con la citada, es totalmente válida, goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regulan el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS por la demandante. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fl. 1 a 21 carpeta 5 archivo 2 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, resolvió el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 11 de diciembre de 2020, **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Colfondos S.A.; **ordenar** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con las sumas adicionales de aseguramiento, frutos, intereses y rendimientos; **condenar** a Colfondos y Skandia a pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo en que ésta permaneció afiliada en cada una de esas entidades; **condenar** a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la demandante al Régimen de Prima Media y recibir todos los aportes que hubiese efectuado en la AFP Colfondos S.A.; y **condenar** en costas a la AFP Colfondos S.A., sin costas en contra de Colpensiones ni de Skandia.

Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Colfondos S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea; adicionando que en el caso analizado la demandante demostró que su afiliación al RAIS le generó un perjuicio, que se vio reflejado en la disminución del valor de la mesada pensional que eventualmente le correspondería al momento de cumplir los requisitos para pensionarse.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, exponiendo como motivos de inconformidad que, la demandante conocía cada aspecto del RAIS y decidió trasladarse de forma libre, voluntaria y espontánea, por manera que debe asumir las consecuencias y atender los requisitos propios del Régimen de Ahorro Individual para el reconocimiento y pago de la pensión, en las cuantías que se allí se determinen. Aduce que la actora en su interrogatorio de parte hizo referencia a su intención de obtener mejores rendimientos, lo cual se relaciona con una característica propia del Régimen de Ahorro Individual; además, decidió realizar traslados horizontales dentro del mismo, pretendiendo un mejor reconocimiento pensional, de suerte que al no cumplir sus expectativas en cuanto a los rendimientos obtenidos, no puede ahora pretender retornar al RPM y menos aun después de 5 años de conocer la prohibición de regreso. Señala que la decisión del Juzgado contribuye a la descapitalización del Sistema Pensional, y destaca que conforme a las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 del 2013, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Concluye que conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se establece que la ineficacia o la nulidad del traslado deba afectar a Colpensiones, y es por ello que solicita autorizar a la entidad, reclamar vía judicial todos los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis que, por expresa disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 descontó a la actora



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los gastos de administración y sumas adicionales, ante el manejo de su dinero por más de 20 años. Agrega que, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, la demandante se ha lucrado de los rendimientos que no hubiere recibido en el Régimen de Prima Media, constituyendo la condenas por devolución de gastos de administración y sumas adicionales que no reposan en su cuenta de ahorro individual, un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, la vinculada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de alzada en contra de la providencia de primera instancia, al considerar, en síntesis que, realizó el traslado efectivo de todos los recursos que tuvo la demandante en su cuenta de ahorro, razón por la cual no tiene en su poder ningún recurso a nombre de la parte actora. Señala que, conforme al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, no se contemplan los gastos de administración como emolumentos objeto a devolución, al momento de un traslado de régimen, por manera que la decisión de primera instancia de reintegrarlos, desconoce lo que para el efecto ha consagrado la ley y genera una descapitalización no solo de la sociedad, sino también del Sistema. Por último, añade que, en gracia de discusión, debe considerarse que sí opera la figura de la prescripción trienal frente a los gastos de administración, dado que este emolumento no está dirigido exclusivamente a cubrir la pensión de la parte demandante.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Alega que COLFONDOS S.A., al momento mismo de obtener su afiliación, así como de manera previa al acto, faltó a su obligación de información, contenida entre otras normas, en el numeral 1° del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y artículo 1603 del C.C. Añade que existe un línea jurisprudencial clara sentada por la Corte Suprema de Justicia en relación con el cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones que debe ser aplicado al caso bajo estudio, y que en últimas conlleva a la confirmación del fallo opugnado.

Parte demandada COLPENSIONES: A su turno, la apodorada de Colpensiones al descorrer el traslado otorgado, indica que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante contaba con 63 años pues nació el 11 de febrero de 1956 encontrándose en la prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Aduce que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la concurrencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), precisando que en el caso tendría lugar el error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE, COLFONDOS y SKANDIA, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Agrega que conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su filiación y selección de organismos e instituciones del sistema



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

general social integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador; sin embargo, en el caso analizado la demandante no ejerció ninguna acción para ello, y por tanto, quedó ratificada su conformidad y necesidad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual por más de 23 años. Concluye solicitando que se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución indexada de las sumas ordenadas por el Despacho.

Parte demandanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS: Sostiene que de la normatividad aplicable al caso concreto como conceptos de los entes de control, se concluye que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al RPM, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, de manera que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto, no se encuentran en las arcas de la AFP. Indica igualmente que, este concepto no hace parte del derecho pensional de la demandante, sino que su fin y destinación tienen un alcance diferente, por tanto si está sujeto a la prescripción trienal.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folio 38 a 40 del paginario.

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, 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 MARIA MARCELA SALCEDO DE PULIDO al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 32 archivo 1 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos S.A. (fl. 33 - archivo 1 del expediente digital); historia laboral expedida por Colfondos S.A. (fl. 35 a 37 y 104 a 119 -archivo 1 del expediente digital); derecho de petición elevado ante Colpensiones (fl. 38 a 40 -archivo 1



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 42 a 44 -archivo 1 del expediente digital); formulario de afiliación a Colpensiones (fl. 41 archivo 1 del expediente digital); dictamen pericial (fl. 45 a 46 archivo 1 del expediente digital); documentos de idoneidad perito (fl. 47 a 54-archivo 1 del expediente digital); solicitudes elevadas ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Asofondos (fl. 55 a 56 -archivo 1 del expediente digital); formulario de vinculación a Skandia (fl. 37 -carpeta 5 archivo 2 del expediente digital); certificado de estado de afiliación expedido por Skandia (fl. 38 -carpeta 5 archivo 2 del expediente digital); historia laboral expedida por Skandia (fl. 39 a 62-carpeta 5 archivo 2 del expediente digital); solicitud elevada ante Old Mutual hoy Skandia y su respuesta (fl. 63 a 71 -carpeta 5 archivo 2 del expediente digital).

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

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



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 plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de junio de 1985, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folio 42 archivo número 1 del expediente digital, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A., el 22 de octubre de 1997 (fl. 33 -archivo 1 del expediente digital); el 7 de julio de 2007, se vinculó a la AFP Skandia (fl. 37 -archivo 1 del expediente digital), y finalmente, el 10 de abril de 2018, regresó nuevamente a Colfondos S.A. como da cuenta la certificación obrante a folio 38 carpeta 5 archivo 2 del expediente digital, 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.

TEORIA DEL CASO

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



AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 33 -archivo 1 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues sobre su afiliación a la AFP Colfondos S.A. nada se le indagó, en tanto el cuestionario fue formulado únicamente por Old Mutual hoy Skandia, quien únicamente preguntó a la demandante sobre las razones de su vinculación a dicha sociedad, siendo la respuesta de la convocante, un mejor servicio y mayor cercanía en lo referente a la atención al cliente. (Archivo de audio 4 - carpeta 9 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y 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, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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 no tuviere una expectativa legítima; al ser su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 manera que no le asiste razón a Colpensiones cuando en su alzada da a entender que el traslado de la convocante al ser producto de una decisión libre y voluntaria, debe procudir todos sus efectos, dado que conforme a lo esbozado, no se deduce el consentimiento informado de la convocante al momento de la suscripción del formulario con la AFP Colfondos.

Ahora, atendiendo el reparo que de manera global elevaron las llamadas a debate judicial respecto a la orden de devolución de los gastos de administración indexados, aun con su propio pecunio, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

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

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

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

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

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

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

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

paso descarta la aplicación de la prescripción que propone la AFP Skandia.

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.

Por lo hasta aquí estudiado, es que surge patente la confirmación de la sentencia apelada, sin que sea procedente adicionar la sentencia en los términos expuestos por Colpensiones durante sus alegaciones finales, dado que sobre ello el Colegiado carece de competencia, porque no fueron planteamientos de su alzada.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes la Colpensiones, Colfondos y Skandia, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 11 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARIA MARCELA SALCEDO DE PULIDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mediante la cual se declaró la ineficacia de traslado de la actora al RAIS, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes la Colpensiones, Colfondos y Skandia, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

37201900725 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MIRIAM YOLANDA FORERO GAVIRIA** 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 veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a

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

37201900725 01 2

las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortíz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MIRIAM YOLANDA FORERO GAVIRIA** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del acto de afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., por falta de información; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de su ahorro, bonos pensionales, frutos e intereses; se ordene a Colpensiones aceptar su traslado y efectuar su afiliación al RPM, así como recibir los valores provenientes de la AFP demandada; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (folios 4 y 5).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 3

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 3 y 4 del expediente, que en síntesis advierten que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 17 de marzo de 1980; que el 6 de julio de 1999, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A.; que durante la afiliación a la referida sociedad, se le indicó que el ISS iba a desaparecer, al igual que su mesada pensional sería mayor o equivalente a la que recibiría en el RPM, amén que podría obtener la pensión a una edad más temprana; que no recibió de la AFP Porvenir información o asesoría comparativa en relación con los dos regímenes pensionales, ni una orientación personalizada, en la cual le indicaran lo que más le convenía para su futuro pensional; que solicitó a Colpensiones la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, petición que fue resuelta por la entidad en sentido desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el traslado de la demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria, que no se invalida porque su expectativa pensional no coincida con las características propias del régimen pensional que eligió, además que alega no haber recibido información que se encuentra contenida en la ley. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 4

prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 76 a 84).

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado, contenido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. En ese orden, le informó a la demandante que el monto de su pensión dependía del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta, al igual que tendría derecho a bono pensional si había aportado 150 semanas dentro de los 3 años anteriores al traslado de régimen pensional; de suerte que no es dable sostener que la actora no contó con la información necesaria para la toma de una decisión con elementos de juicio y lo más transparente. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 92 a 111).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 5

el 9 de febrero de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 6 de julio de 1999, teniendo como afiliación válida la realizada al RPM; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con bonos pensionales, rendimientos financieros y costos cobrados por administración; **condenar** a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la convocante y aceptar los valores que admite la AFP accionada; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A., sin costas en contra de Colpensiones. (Cd. a folio 154).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 6

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, exponiendo como motivos de inconformidad que, el deber de información exigido por el Juzgado no tiene el mismo alcance para la época en que tuvo lugar el traslado, dado que el mismo ha tenido un desarrollo más amplio a partir de la Ley 1328 de 2009. Agrega que el interrogatorio de parte no fue valorado en debida forma, pues del dicho de la actora se constata que la AFP Porvenir le indicó distintas características del RAIS, como acceder al derecho pensional a una edad inferior y tener la posibilidad de integrar sus aportes a la masa sucesoral, denotando que Porvenir sí atendió el deber de información. Indica que el acto de afiliación tiene como fuente un contrato, el cual genera obligaciones para ambas partes, por manera que no puede considerarse que todas ellas recaen únicamente sobre la AFP y no respecto de la actora, quien tiene la calidad de consumidora financiera. Señala que conforme a la aclaración de voto del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno en la sentencia SL1452-2019, existen eventos en los que no es posible visualizar perjuicios derivados de la decisión del traslado, lo cual en el caso de la demandante no se constata, dado que lo afirmado por ella en su interrogatorio, en relación con la obtención de una mejor pensión en el RPM, solo corresponde a una percepción de ella, lo cual no podría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 7

ser determinado al momento de su traslado, dado que la mesada pensional se encuentra sometida a diferentes variables.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la información suministrada a la demandante a la hora de traslado le fue propiciada de manera verbal, dado que para la época la ley no requería dejar constancia de la respectiva asesoría, sino únicamente la suscripción del formulario de afiliación, de manera que no se le puede exigir el cumplimiento de una obligación diferente a la AFP. Aduce que no fue considerado por el Despacho que la demandante nunca elevó ningún reclamo o queja en la gestión de Porvenir, siendo evidente que su anhelo de retornar al RPM no se sustenta en la falta de información al momento de su traslado, sino a la falta de satisfacción de sus expectativas, frente al monto pensional que eventualmente recibiría en el RAIS. Añade que la actora goza de todas sus capacidades mentales, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil; sumando a ello que, en todo caso, el reclamo sobre la ineficacia de la afiliación efectuada hacia el año 1999 se encuentra prescrito, a la luz de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS. Señala que la actora como consumidora financiera también tiene el deber de informarse, de cara a las decisiones que toma, no siendo admisible la ignorancia de la ley, máxime que todas las características de ambos regímenes pensionales se encuentran establecidos en ella. Acota que la consecuencia de la ineficacia del traslado, lo es entender que ese acto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 8

no tuvo lugar y que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS, por manera que no existe ningún sustento para trasladar los rendimientos obtenidos por la convocante; tampoco resulta procedente la devolución de los gastos de administración, en la medida que la AFP no ha obrado de mala fe, ni ha desconocido la normatividad vigente, máxime que una orden en ese sentido implica un detrimento para su patrimonio, y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, al tratarse de sumas ya causadas y utilizada para la debida gestión de los recursos de la actora. Finalmente, precisa que en cuanto a la devolución del bono pensional, debe dirigirse al Ministerio de Hacienda y Crédito público.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Pretende la confirmación del fallo impugnado aduciendo que no recibió una asesoría completa, real y veraz por parte de los fondos privados, además, de buena fe consideró que lo indicado por el asesor de la AFP era real y estaba encaminado a buscar un bien común, al mencionar que lo mejor para su futuro pensional era realizar el cambio de régimen pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 9

Parte demandada COLPENSIONES: La apoderada de Colpensiones al descorrer el traslado otorgado, indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003; además, el traslado efectuado ante la AFP goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse. Señala que la actora debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que de permanecer en PORVENIR S.A., conserva su posibilidad pensional. Agrega que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha. Concluye afirmando que no se demuestra que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este Régimen.

Parte demandada PORVENIR S.A.: Indica que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 10

de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), según el cual se deben estudiar de manera completa los antecedentes del potencial afiliado hasta llegar al punto de desincentivar la afiliación. Tampoco se encontraba en cabeza de las AFP el deber de doble asesoría (Ley 1748 de 2014), en el que además de exponer las características de los dos regímenes pensionales, se debe poner a disposición de los futuros afiliados herramientas financieras para hacer proyecciones pensionales. Agrega que el artículo 15 del Decreto No. 656 de 1994, normativa que regula el traslado de régimen pensional, no prescribe un tipo de consentimiento o información que se deba suministrar al potencial afiliado, amén que la elección de alguno de los dos regímenes pensionales es completamente voluntaria, artículo 11 del Decreto No. 692 de 1994, situación que se encuentra acreditada con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien manifestó que escogió de manera voluntaria vincularse al Régimen de Ahorro Individual. De otro lado, aduce que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos; así es claro, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900725 01 11

lo tanto, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo: manejar los fondos y las cuentas individuales. No están en poder de la administradora, ya que por exigencia de la ley estuvo obligada a invertir las en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar. En ese orden, solicitó al revocatoria del fallo impugnado.

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 de la documental vista a folio 24 del paginario.

PROBLEMA JURÍDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 12

invocados por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por MIRIAM YOLANDA FORERO GAVIRIA al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 15); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 19 a 19); bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 20 a 22 y 135 a 137); formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 23 y 144 a 145); petición elevada ante Colpensiones y su respuesta (fls. 23 a 27); petición elevada ante la AFP Porvenir y su respuesta (fls. 28 a 31); resumen de cuenta de ahorro individual expedido por la AFP Porvenir S.A. (fls. 32 a 37, 130 a 134 y 138 a 143); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd a folio 91); comunicación emitida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 112 a 114 y 146 a 147); historia laboral allegada por la AFP Porvenir (fls. 115 a 129) y comunicados de prensa (fls. 148 a 150).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 13

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 14

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 15

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)».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900725 01 16

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 17

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 18

prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 19

«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

37201900725 01 20

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

37201900725 01 21

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 22

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

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

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

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

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 23

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 24

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 25

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 26

información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 27

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de marzo de 1980, tal como se advierte de la historia laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900725 01 28

emitida por Colpensiones y que milita a folio 16 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 6 de julio de 1999, según se constata del formulario de afiliación que obra en el expediente (folio 23), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (folio 23), el cual conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia no tiene la virtud de demostrar un consentimiento informado.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que al momento de su traslado se le manifestó en reunión individual de duración de 15 minutos que, el ISS iba a ser liquidado y que ello le implicaría la pérdida de sus aportes, por lo cual le sería mas beneficioso afiliarse a la AFP, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 29

donde tendría una mesada pensional igual o mayor que la que le correspondería en el RPM, a una edad más temprana, con la posibilidad de que sus hijos accedieran al dinero ahorrado en caso de fallecimiento (Cd. a folio 154).

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

Por manera que, 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 no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 30

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, 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 la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 31

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 32

*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 por los periodos de afiliación a la AFP (incluyendo los rendimientos), aún con cargo a su propio patrimonio, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión de la afiliada que retorna, la que, como se ha *iterado* en el curso de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizado.

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

En lo que se refiere al bono pensional, se advierte que la discusión planteada por la AFP Porvenir se torna inane, en la medida que el mismo no se advierte reflejado en la cuenta de ahorro individual de la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900725 01 33

DE LA PRESCRIPCIÓN

La AFP Porvenir insiste en su alzada que en el presente caso se ha configurado medio exceptivo de la prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad, en atención a los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

Empero, preciso es referir que para el *sub examine*, el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto por las normas anotadas por la AFP, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo obtiene el nivel de fundamental e imprescriptible.

Por manera que, al encontrarse inmerso en el debate el derecho pensional, en lo que concierne a su adecuado goce y protección, no resulta viable equiparar los términos de prescripción con aquellos que son dados para componentes ajenos o accesorios a una prestación, cuando la materia reclama un resguardo adicional y de carácter supra legal, máxime, cuando las consecuencias de aquel actuar contrario a derecho de la AFP PORVENIR S.A., aún permea los derechos pensionales de la reclamante. Resta señalar, que al no consolidarse el derecho al riesgo de vejez, no puede predicarse prescripción.

Dimanado en la no declaratoria del medio exceptivo, reclamado por la parte pasiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900725 01 34

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de las apelantes dado el resultado de la alzada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada entidad.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 9 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MIRIAM YOLANDA FORERO GAVIRIA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, mediante la cual se declaró la ineficacia de traslado de la actora al RAIS, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900725 01 35

de las apelantes dado el resultado de la alzada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 para cada una.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS IVAN MINOTTA PEÑALOZA** CONTRA **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

1. 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **CARLOS IVAN MINOTTA PEÑALOZA** a través de apoderado judicial, pretende se condene a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP** a reconocer y efectuar su ascenso al cargo de Profesional Nivel 22 en cualquiera de las vacantes presentadas con posterioridad a la ejecutoria de la Resolución 0322 del 20 del abril de 2016 y de acuerdo al orden de prioridad establecido en la reclamación administrativa; asimismo, solicita se condene a la demandada a reconocerle y pagarle las diferencias salariales y prestacionales, tanto legales como convencionales, causadas desde la fecha en que se hizo exigible la obligación de ascenderlo al cargo Profesional Nivel 22, junto con la indexación, costas y agencias en derecho, folio 1 archivo 1 del expediente digital.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 del archivo 1 del expediente digital, que en síntesis advierten que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 3 de mayo de 2011, para desempeñar las labores de Técnico Nivel 41 en la Dirección de Servicios Electromecánica; que con anterioridad suscribió con la encartada 4 contratos de trabajo por obra o labor determinada como Tecnólogo. Aduce que la accionada pactó con el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas Institutos Descentralizados de Colombia SINTRAEMSDDES Subdirectiva Bogotá, una Convención Colectiva para los años 2015 al



2019, en cuyo artículo 38 se consagró que la planta de personal de trabajadores oficiales es de 3.539 cargos y la planta de personal de empleados públicos es de 79, para una planta oficial de 3.618; que en el artículo 53 de la mentada Convención la accionada se obligó a efectuar concursos de méritos para proveer las vacantes que resulten de la adopción de la planta de personal precitada, a través de 3 convocatorias, correspondiendo la primera de ellas a un concurso cerrado de méritos, comprometiéndose además la demandada a concertar con el Sindicato los parámetros y criterios que regirán los concursos de méritos, los cuales se plasmarían en una resolución.

Añade que se inscribió al concurso de méritos para el ascenso al cargo Profesional Nivel 22 de la Dirección de Abastecimiento, iniciado mediante la Convocatoria 2015-77, regido por la Resolución N°288 del 7 de abril de 2010; que aprobó el concurso para el ascenso al obtener 71,40 puntos de 100 posibles; que la demandada expidió la lista de elegibles mediante Resolución 0322 del 20 de abril de 2016, ocupando en ella el puesto 5° en orden de mérito, la cual quedó en firme el 27 de abril de 2016, con una vigencia de 18 meses, extendida por 6 meses más según acuerdo entre el extremo pasivo y el sindicato; que la accionada en principio dio cumplimiento al concurso de méritos en referencia, al celebrar contrato de ascenso en el cargo de Profesional Nivel 22 de la Dirección de Abastecimiento con quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles; que en los meses de junio y julio de 2016 se produjeron 24 vacantes en dicho empleo, porque las personas que ocupaban cada cargo fueron ascendidas al de Profesional Especializado Nivel 21; que conforme al inciso 3° del artículo 15 de la Resolución 0288 del 7 de abril de 2010, si la lista de elegibles continúa



vigente en el momento de presentarse nuevas vacantes de la misma denominación y nivel se procederá a hacer uso de ella, de conformidad con su orden secuencial; que elevó ante la accionada la correspondiente reclamación administrativa peticionando lo aquí pretendido, la cual le fue resuelta de manera desfavorable; que ostenta el título de Ingeniero Mecatrónico y Especialista en Gerencia de Proyectos. Precisa que se encuentra vinculado a la organización sindical anteriormente mencionada; que la accionada reubicó a más de medio centenar de trabajadores oficiales en otras gerencias, áreas y/o divisiones con fundamento en que su planta es global y que los trabajadores trasladados cumplieran con los requisitos mínimos para desarrollar el cargo en otra división. Concluye afirmando que el salario básico que devengó para el los años 2016, 2017 y 2018 fue de \$1.807.670, \$1.952.290 y \$2.096.759, respectivamente, mientras que el salario del cargo para el cual concursó equivalía a \$3.876.330, \$4.186.440 y \$4.496.236, para las mismas anualidades.

CONTESTACIÓN: La demandada **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA E.S.P.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que no es procedente reconocer y efectuar los pagos requeridos por el demandante, en la medida que sus pretensiones no se fundamentan en la prestación real del servicio, sino en la interpretación sesgada que realiza a las normas del proceso de selección y ascenso, contenidas en la Resolución No. 288 de 2010. Agrega que el actor pretende la aplicación de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 0500 de 2016 correspondiente a la convocatoria EAB 2015-77 para concurso de méritos del cargo de Profesional Nivel 22 en cualquier área de la



empresa, independientemente que el cargo haya salido o no a concurso y que él haya o no participado, lo cual no resulta posible, más aun cuando de las funciones específicas de los cargos y los estudios requeridos, se concluye que los solos criterios de denominación del cargo y nivel, no son fundamento para acceder al mismo, si no se ha concursado y pasado para este, pues la empresa tiene condiciones profesionales o técnicas específicas para cada cargo, y cada área requiere un profesional con unos conocimientos específicos en unas disciplinas determinadas. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados prescripción, falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación y buena fe (folios 142 a 165 -archivo 1 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 9 de febrero de 2021, resolvió **absolver** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP** de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante y **condenar** en costas al en costas al extremo accionante.

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el actor aprobó únicamente el concurso para la Convocatoria 2015-77, quedando restringida la lista de elegibles para cubrir los cargos de Profesional del Nivel 22 en la Dirección de Abastecimiento, no pudiendo aspirar a cargos de diferentes áreas, e incluso de diferente código en la misma área, ya que cada uno de ellos tiene unos propósitos principales y unos requisitos diferentes, que ante una vacante no pueden ser suplidos por cualquier trabajador, bajo el argumento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que la Resolución 0288 del 20210 previó hacer uso de la lista de elegibles en las nuevas vacantes de la misma denominación y nivel, pues dicha resolución que constituye la norma del concurso, debe ser interpretada de manera sistemática, dado que conforme a su contenido la lista de elegibles solo puede utilizarse en aquellos eventos o para aquellas vacantes para las cuales se realizó el concurso o la convocatoria correspondiente, en la que la persona cumpla efectivamente los requisitos, lo que de suyo respeta el principio del mérito, que en últimas pretendieron garantizar la organización sindical y la demandada. Añade que en gracia de discusión, no es procedente acceder al pago de diferencias salariales, ante la falta de prestación del servicio en el cargo anhelado, y menos cuando la ley, la Convención Colectiva y las reglas del concurso no prevén esa consecuencia.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, la interpretación asumida por el Juzgado desconoce las normas que reglan el concurso y en específico el artículo 15 de la Resolución 288 del 2010, cuyo inciso 3° consagró la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles vigente ante nuevas vacantes de la misma denominación y nivel, sin que en ella se establezca la condición de pertenecer el cargo a la misma sección o área de la empresa. Añade que lo pactado entre el sindicato y la empresa es una aproximación al mérito, en razón a que el constituyente de 1991, no estableció ese principio para los trabajadores oficiales, de manera que si el demandante ganó una de las tres convocatorias a las que aplicó, ocupando el 5° puesto con 71 puntos, tiene derecho como lo peticionó en su reclamación, a que la empresa demandada haga uso de la lista de elegibles en los cargos que se encuentran vacantes. Precisa que lo pretendido no pone en riesgo el funcionamiento de la entidad, dado que entre las partes pueden pactar



un período de prueba, que le permita a esta asegurarse que el actor cumple a satisfacción con los requerimientos de una de las vacantes que se encuentran debidamente acreditadas en el expediente, a través del informe rendido por el representante legal del extremo pasivo. Aduce que la propia encartada reconoce que la planta de trabajadores oficiales corresponde a una planta global de cargos, y por ello, atendiendo las necesidades del servicio, ha procedido a trasladar trabajadores oficiales de un área a otra. Indica que resulta desacertada la conclusión a la que llegó el Juez de conocimiento en cuanto a que no es procedente la nivelación de salarios y prestaciones ante la falta de prestación efectiva del servicio, dado que existe un desconocimiento de la Convención Colectiva de Trabajo, por manera que en virtud de lo estatuido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, es procedente la reparación integral de los daños irrogados a las personas y a las cosas, pudiendo además el Juzgador modular esa pretensión, como ocurre en la jurisdicción contencioso administrativa, en la cual se reconoce a título de indemnización lo que le hubiere correspondido al empleado que fue vinculado por contrato de prestación de servicios, como salarios y prestaciones sociales.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: Indica que desconoce el demandante que la Resolución No. 0288 de 2010 precisa en sus considerandos que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

procedimiento de selección busca aplicar un “...*proceso de selección y promoción de personal, definiendo un procedimiento y unos parámetros técnicas que determinen que los aspirantes a un cargo poseen el conocimiento, la experiencia y las habilidades que garanticen el desempeño exitoso de las funciones y responsabilidad de un puesto de trabajo y, por ende, el desarrollo adecuado de la prestación del servicio al usuario*”; agrega que no es posible acceder a las pretensiones del demandante, sin poner en algo riesgo la prestación de los servicios públicos domiciliarios y la gestión de la Empresa, pues de la simple comparación de los propósitos principales, las funciones específicas de los cargos y los estudios requeridos, se concluye que los solos criterios de denominación del cargo y nivel no son fundamento para acceder a un cargo, si no se ha concursado y pasado para éste.

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 de la alzada, el determinar si el demandante tiene derecho a ser ascendido al cargo de Profesional Nivel 22 en cualquiera de las vacantes presentadas con posterioridad a la ejecutoria de la Resolución 0322 del 20 del abril de 2016 y de acuerdo al orden de prioridad establecido en la reclamación administrativa radicada ante la entidad.

De salir avante lo anterior, se analizará la viabilidad en fulminar condena a título de las diferencias salariales y prestacionales anheladas en el *libelo* genitor.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende del documento obrante a folios 105 a 108 archivo 1 del expediente digital, de la que se desprende que el accionante solicitó de la encartada su ascenso al cargo de Profesional Nivel 22 en cualquiera de las nuevas vacantes presentadas después que quedó en firme la Resolución 0322 del 20 de abril de 2016, estableciendo para el efecto un orden de prioridad de cargo, a lo que además adicionó la petición de reconocer a su favor las diferencias salariales y prestacionales que le correspondía devengar en el mentado cargo, si la demandada hubiere dado cumplimiento a las normas del concurso.



RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia en esta instancia la existencia de un vínculo laboral que ata a las partes aquí intervinientes, en tanto dicha situación fue aceptada por la demandada al contestar la demanda, aunado lo anterior, de la documental que reposa a folio 22 del informativo consistente en certificación emitida por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, en la cual se indica que el demandante se encuentra vinculado a la entidad desde el 3 de mayo de 2011, mediante contrato de trabajo a término indefinido, en la División de Ejecución de Mantenimiento, asignado al cargo de Técnico.

ASCENSO AL CARGO DE PROFESIONAL NIVEL 22

Insiste el demandante en su recurso de alzada, que conforme a las normas que regulan la Convocatoria 2015-77, y en específico, de acuerdo a lo reglado en la Resolución 288 de 2010, en su artículo 15, tiene derecho a ser ascendido al cargo de Profesional Nivel 22 en cualquiera de las vacantes presentadas con posterioridad a la ejecutoria de la Resolución 0322 del 20 del abril de 2016, mediante la cual se conformó la lista de elegibles a fin de proveer el cargo en mención en la Dirección de abastecimiento, y de la cual hace parte ocupando el puesto 5.

Pues bien, en lo que atañe al concurso de méritos de los trabajadores oficiales, calidad que ostenta el actor por ser la demandada un empresa Industrial y comercial Distrital, ha de señalarse que la Constitución de 1991 en nada se ocupó del ingreso a la función pública



de este tipo de funcionarios, pues sólo establece que los trabajadores oficiales están exceptuados de la carrera administrativa (art. 125), sumado a que estos prestan sus servicios al Estado, por regla general, a través de un contrato de trabajo, regido por la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945.

De manera que, al no existir norma constitucional, ni disposición legal que establezca una forma especial de ingreso a los cargos de la planta oficial de las empresas industriales y comerciales del Estado, se debe aplicar la regulación existente, que para el caso de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-ESP, corresponde a las Convenciones Colectivas de Trabajo vigentes, suscritas con las organizaciones sindicales, en virtud de las cuales la entidad accionada debe adelantar los concursos de mérito mediante convocatorias internas, como así lo establece por ejemplo, la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, traída la plenaria, en su artículo 58 (fl. 23 a 85 archivo 1 del expediente digital), o el preámbulo de la Convención Colectiva 2012-2014, como así lo refiere la encartada en su escrito de contestación.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que la encartada dio apertura a distintas convocatorias, entre ellas, la número 2015-77, para proveer una vacante del cargo de Profesional Nivel 22 de la Dirección de Abastecimiento, de la cual fue participante el aquí demandante, como así da cuenta la Resolución 322 del 20 de abril del 2016, mediante la que se conformó la correspondiente lista de elegibles, ocupando el actor el puesto número 5 como se constata a folio 97 archivo 1 del expediente digital.



Concurso de méritos que se encontraba reglado por la Resolución 0288 del 7 de abril de 2010 *“Por medio de la cual se establece el proceso de selección y promoción de personal para proveer vacantes mediante el concurso de méritos en la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá”*, como así se estableció en la respectiva convocatoria fijada el 19 de agosto de 2015 (fl. 95 archivo 1 del expediente digital).

De lo cual resulta claro que, las bases de la convocatoria estaban contenidas en acto administrativo en mención suscrito por el Gerente General de l llamada a juicio, a las cuales se sujetaron los participantes del concurso, entre ellos el demandante, al momento de realizar la respectiva inscripción.

Así la cosas, resulta conveniente para la Sala destacar que conforme al párrafo del artículo 1° de la Resolución 288 del 7 de abril de 2010 (fl. 291) *“el concurso de méritos es un proceso estructurado y planificado, destinado a seleccionar a las personas más idóneas teniendo en cuenta las calidades personales y la capacidad profesional, para proveer las vacantes de trabajador oficial para los cargos de la planta de personal, conforme a los requisitos establecidos en el manual de funciones y requisitos mínimos requeridos en cada área de la Empresa, mediante la aplicación de pruebas o instrumentos de selección...”* (Subraya fuera de texto).

Asimismo, conforme al numeral 2° del artículo 2° *ejusdem*, en lo que se refiere a la convocatoria para concurso de ascenso, se invitarán para



su participación a los trabajadores con contrato a término indefinido que cumplan los requisitos exigidos en la convocatoria.

Bajo tal panorama normativo, advierte la Sala que si bien como se indica en la alzada, el artículo 15 de la Resolución en referencia establece que si la lista de elegibles conformada dentro del concurso de méritos continúa vigente en el momento de presentarse nuevas vacantes de la misma denominación y nivel, se procederá a su uso de acuerdo con su orden secuencial, lo cierto es que dicho artículo también precisa que ello debe tener lugar de acuerdo a las disposiciones del mentado acto administrativo.

Por manera que, como lo determinó el Juzgado de Conocimiento, la interpretación sobre el uso de la lista de elegibles en los términos anotados, no debe hacerse de manera aislada y alejada del objetivo definido en la Resolución 288 de 2010, en virtud del cual los cargos ofertados deben ser proveídos por las personas idóneas, quienes para el efecto deben cumplir con los requisitos exigidos en el cargo a proveer.

En ese orden, no puede la Sala aceptar la interpretación dada por el actor, quien pretende ser nombrado en cualquier cargo que tenga la misma denominación y nivel del empleo para el cual aplicó, esto es, Profesional Nivel 22, dado que contrario a lo que se establece en la alzada, ello implicaría el desconocimiento de los requisitos exigidos para cada cargo, y por ende las reglas que rigen la convocatoria, pues conforme al elenco probatorio es posible constatar que la igualdad en



la denominación y nivel del cargo, no implica el desempeño del mismo cargo para el que el demandante aplicó.

Así, nótese que aun cuando distintas áreas de la entidad presentan en su planta de personal el cargo de Profesional Nivel 22, no puede concluirse que todos ellos sean iguales de cara a sus requisitos y propósitos, como se constata del informe juramentado rendido por el representante legal de la entidad (fl. 253 a 269 archivo 1 del expediente digital), del que claramente se puede establecer que muchos cargos con la misma denominación y nivel (Profesional Nivel 2), exigen requisitos de educación diferentes a los que cumple el demandante, quien se encuentra titulado como Ingeniero Mecatrónico, pues obsérvese que por ejemplo el cargo identificado con el código 22010 del Área de Dirección Contratación y Compras, exige como requisito de educación profesional en cualquier disciplina académica del área de derecho, lo que igualmente ocurre con el cargo identificado con el código 22153 del área Dirección Saneamiento Ambiental, cuyo requisito de educación requiere título profesional en cualquier disciplina académica del área de la Administración Ambiental, Ingeniería Química, Ingeniería Ambiental y Sanitaria, Ingeniería Civil o Ingeniería Forestal, patrón que se repite en muchos de los cargos sobre los cuales el extremo accionante pretende ser considerado para su ascenso.

De lo cual se concluye que, un nombramiento en los términos propuestos, claramente desconocería las reglas del concurso, y en específico su finalidad, que se itera, no es otra que proveer cada cargo con el personal idóneo que cumpla con los requisitos exigidos en la



convocatoria, al igual que con las funciones y requisitos del cargo a proveer.

Siendo patente la improcedencia del ascenso anhelado, pues conforme a la lectura sistemática y conjunta de la Resolución 288 de 2010, las listas de elegibles deben ser usadas dentro de la convocatoria correspondiente y para el cargo frente al cual fueron conformadas; a lo que debe sumarse que, como se encuentra acreditado en el plenario, en lo que se refiere al cargo específico para el cual el demandante aplicó, éste ya se encuentra provisto por la persona que ocupó el segundo lugar en la correspondiente lista de elegibles, siendo claro que no puede ser ascendido a dicho empleo ni a ningún otro que quedó vacante con posterioridad a la ejecutoria de la respectiva lista, conforme a la norma que regula el concurso de méritos.

Lo anterior, da al traste con la pretensión de reconocer a favor del actor el pago de las deferencias generadas en cuanto a salarios y prestaciones sociales, dado que ello pendía del ascenso pretendido, resultando por tanto inane, la discusión sobre el pago de esos valores a pesar de no prestar el servicio en el cargo de Profesional Nivel 22.

Para concluir, debe resaltar la Sala que no resulta atendible lo indicado por el recurrente, cuando afirma que el concurso de méritos agotado por la empresa debe ser interpretado como una simple aproximación al mérito, porque si bien la Constitución y la Ley no impone la obligación de agotar concursos de méritos en tratándose de trabajadores oficiales, tampoco excluye o prohíbe esa posibilidad, que por ello fue establecida y pactada por la empresa y sus organizaciones



sindicales, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes las normas que previeron para regular los procesos de selección a los que decidieron sujetarse.

Dimanando en la confirmación del fallo proferido por el Juzgado de Conocimiento.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo del apelante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$100.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CARLOS IVAN MINOTTA PEÑALOZA** contra **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB-ESP**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo del apelante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$100.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALEREDO 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-

**RADICADO 029 2019 00787 01 DE MARIA VICTORIA CAICEDO LINARES CONTRA
LIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ A PARTIR DEL 2011**

AÑO	MES	SALARIO	IPC FINAL	IPC INICIAL	SALARIO INDEXADO	DIAS	PROMEDIO SALARIO
2009	julio	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
	junio	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
	mayo	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
	abril	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
	marzo	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
	febrero	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
	enero	\$ 1.568.000,00	105,24	100	\$ 1.650.163,20	30	\$ 13.751,36
						210	\$ 96.259,52
2008	diciembre	\$ 1.568.000,00	105,24	92,87	\$ 1.776.852,80	30	\$ 14.807,11
	noviembre	\$ 1.568.000,00	105,24	92,87	\$ 1.776.852,80	30	\$ 14.807,11
	octubre	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	septiembre	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	agosto	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	julio	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	junio	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	mayo	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	abril	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	marzo	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	febrero	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
	enero	\$ 1.120.000,00	105,24	92,87	\$ 1.269.180,57	30	\$ 10.576,50
						360	\$ 135.379,26
2007	diciembre	\$ 1.120.000,00	105,24	87,87	\$ 1.341.399,80	30	\$ 11.178,33
	noviembre	\$ 1.120.000,00	105,24	87,87	\$ 1.341.399,80	30	\$ 11.178,33
	octubre	\$ 1.120.000,00	105,24	87,87	\$ 1.341.399,80	30	\$ 11.178,33
	septiembre	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	agosto	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	julio	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	junio	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	mayo	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	abril	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	marzo	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	febrero	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
	enero	\$ 800.000,00	105,24	87,87	\$ 958.142,71	30	\$ 7.984,52
						360	\$ 105.395,70
2006	diciembre	\$ 800.000,00	105,24	84,1	\$ 1.001.093,94	30	\$ 8.342,45
	noviembre	\$ 800.000,00	105,24	84,1	\$ 1.001.093,94	30	\$ 8.342,45
	octubre	\$ 800.000,00	105,24	84,1	\$ 1.001.093,94	30	\$ 8.342,45
	septiembre	\$ 800.000,00	105,24	84,1	\$ 1.001.093,94	30	\$ 8.342,45
	agosto	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	julio	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	junio	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	mayo	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	abril	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	marzo	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	febrero	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
	enero	\$ 450.000,00	105,24	84,1	\$ 563.115,34	30	\$ 4.692,63
						360	\$ 70.910,82
2005	diciembre	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	noviembre	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	octubre	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	septiembre	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	agosto	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	julio	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	junio	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	mayo	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	abril	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	marzo	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	febrero	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
	enero	\$ 450.000,00	105,24	80,21	\$ 590.425,13	30	\$ 4.920,21
						360	\$ 59.042,51
2004	diciembre	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	noviembre	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	octubre	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	septiembre	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71

	agosto	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	julio	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	junio	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	mayo	\$ 450.000,00	105,24	76,03	\$ 622.885,70	30	\$ 5.190,71
	abril	\$ 358.000,00	105,24	76,03	\$ 495.540,18	30	\$ 4.129,50
	marzo	\$ 358.000,00	105,24	76,03	\$ 495.540,18	30	\$ 4.129,50
	febrero	\$ 358.000,00	105,24	76,03	\$ 495.540,18	30	\$ 4.129,50
	enero	\$ 358.000,00	105,24	76,03	\$ 495.540,18	30	\$ 4.129,50
						360	\$ 58.043,72
2003	diciembre	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	noviembre	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	octubre	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	septiembre	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	agosto	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	julio	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	junio	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	mayo	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	abril	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	marzo	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	febrero	\$ 332.000,00	105,24	71,4	\$ 489.351,26	30	\$ 4.077,93
	enero	\$ 330.000,00	105,24	71,4	\$ 486.403,36	30	\$ 4.053,36
						360	\$ 48.910,56
2002	diciembre	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	noviembre	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	octubre	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	septiembre	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	agosto	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	julio	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	junio	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	mayo	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	abril	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	marzo	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	febrero	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
	enero	\$ 309.000,00	105,24	66,73	\$ 487.324,44	30	\$ 4.061,04
						360	\$ 48.732,44
2001	diciembre	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	noviembre	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	octubre	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	septiembre	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	agosto	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	julio	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	junio	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	mayo	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	abril	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	marzo	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	febrero	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	30	\$ 4.046,17
	enero	\$ 286.000,00	105,24	61,99	\$ 485.540,25	13	\$ 1.753,34
						343	\$ 46.261,20
2000	diciembre	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	noviembre	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	octubre	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	septiembre	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	agosto	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	julio	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	junio	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	mayo	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	abril	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	marzo	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	febrero	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
	enero	\$ 261.000,00	105,24	57	\$ 481.888,42	30	\$ 4.015,74
						360	\$ 48.188,84
1999	diciembre	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
	noviembre	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
	octubre	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
	junio	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	5	\$ 672,29
	mayo	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
	abril	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
	marzo	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
	febrero	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73

	enero	\$ 240.000,00	105,24	52,18	\$ 484.047,53	30	\$ 4.033,73
						245	\$ 32.942,12
1998	diciembre	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	noviembre	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	octubre	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	septiembre	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	agosto	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	julio	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	junio	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	mayo	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	abril	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	30	\$ 5.294,95
	marzo	\$ 270.000,00	105,24	44,72	\$ 635.393,56	12	\$ 2.117,98
						282	\$ 49.772,50
						IBL	\$ 799.839,19
						TASA	72%
						PENSIO	\$ 575.884,22

VARIACIÓN MESADA AÑOS POSTERIORES		
AÑO	INCREMENTO	VALOR MESADA
2012	3,73%	\$ 597.364,70
2013	2,44%	\$ 611.940,40
2014	1,94%	\$ 623.812,04
2015	3,66%	\$ 646.643,56
2016	6,77%	\$ 690.421,33
2017	5,75%	\$ 730.120,56

**RADICADO 029 2019 00787 01 DE MARIA VICTORIA CAICEDO LINARES CONTRA COLPENSIONES
LIQUIDACIÓN PENSIÓN VEJEZ TENIENDO A PARTIR DEL 2015**

AÑO	MES	SALARIO	IPC FINAL	IPC INICIAL	SALARIO INDEXADO	DIAS	PROMEDIO SALARIO
2016	octubre	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	septiembre	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	agosto	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	julio	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	junio	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	mayo	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	abril	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	marzo	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	febrero	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
	enero	\$ 2.000.000,00	126,15	126,15	\$ 2.000.000,00	30	\$ 16.666,67
						300	\$ 166.666,67
2015	diciembre	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	noviembre	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	octubre	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	septiembre	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	agosto	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	julio	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	junio	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	mayo	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	abril	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	marzo	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	febrero	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
	enero	\$ 2.000.000,00	126,15	118,15	\$ 2.135.421,07	30	\$ 17.795,18
						360	\$ 195.746,93
2014	diciembre	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	noviembre	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	octubre	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	septiembre	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	agosto	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	julio	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	junio	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	mayo	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	abril	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	marzo	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	febrero	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
	enero	\$ 2.000.000,00	126,15	113,98	\$ 2.213.546,24	30	\$ 18.446,22
						360	\$ 221.354,62
2013	diciembre	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	noviembre	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	octubre	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	septiembre	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	agosto	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	julio	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	junio	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	mayo	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	abril	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	marzo	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	febrero	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
	enero	\$ 2.000.000,00	126,15	111,82	\$ 2.256.304,78	30	\$ 18.802,54
						360	\$ 225.630,48
2012	diciembre	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	noviembre	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	octubre	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	septiembre	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	agosto	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	julio	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	junio	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	mayo	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	abril	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	marzo	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	febrero	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
	enero	\$ 2.000.000,00	126,15	109,16	\$ 2.311.286,19	30	\$ 19.260,72
						360	\$ 231.128,62
2011	diciembre	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	noviembre	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	octubre	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	septiembre	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	agosto	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	julio	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	junio	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15
	mayo	\$ 2.000.000,00	126,15	105,24	\$ 2.397.377,42	30	\$ 19.978,15

VARIACIÓN MESADA AÑOS POSTERIORES		
AÑO	INCREMENTO	VALOR MESADA
2016	6,77%	\$ 1.611.450,28
2017	5,75%	\$ 1.704.108,67