



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA LILIANA BLANCO HERREN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 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»



A U T O

Conforme al poder incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificado con cédula 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.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARÍA LILIANA BLANCO HERRÁN solicita se declare que Porvenir S.A., omitió el deber de información en forma veraz sobre ventajas y desventajas del cambio de régimen; se declare que el traslado efectuado a Porvenir está viciado de nulidad.

Como consecuencia de las declaraciones reclamadas, se ordene a Porvenir S.A., a realizar el traslado y reintegro de recursos económicos, bono pensional, junto con los rendimientos financieros a Colpensiones; que la entidad del régimen de prima media reciba los dineros transferidos del RAIS; que se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 119 a 121 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 16 de junio de 1961; que se afilió al régimen de prima media desde el 1 de agosto de 1995; que ha cotizado un total de 1606 semanas en los dos regímenes pensionales; que no fue informada sobre las consecuencias, ventajas y



desventajas del traslado de régimen; que el 21 de septiembre de 2018 solicitó a Porvenir se declarara la ineficacia de traslado, información de cotizaciones, copia de la carpeta administrativa; que el 2 de octubre de 2018 Porvenir dio respuesta a su solicitud en forma desfavorable a la solicitante; el 21 de septiembre solicitó a Colpensiones se declarara la ineficacia del traslado, sin embargo, tal pedimento fue negado; que prestó sus servicios al Ejército Nacional; que el 9 de julio de 2019 solicitó a Porvenir la actualización de su historia laboral; que Porvenir el 26 de julio de 2019 hizo una proyección de la pensión en los dos regímenes pensionales y la mesada resultaba superior en el RPM.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la suscripción del formulario de afiliación había sido firmada en forma libre y voluntaria. Como medios **exceptivos**, propuso los de, prescripción, prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe (fl. 174).

La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado efectuado por la demandante fue suscrito en forma libre y voluntaria. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe; innominada o genérica (fl. 360).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transi -



torio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de julio de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante el 8 de septiembre de 1999; **declaró** que la demandante se encontraba válidamente afiliada al RPM; **condenó** a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido; **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colpensiones y porvenir; **ordenó** la consulta de la providencia en favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..luego al ser el formulario de afiliación al fondo de pensiones Porvenir, el único documento a través del cual se pretende derivar el cumplimiento de esa obligación de información, el mismo no da cuenta o no evidencia que la administradora suministro a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los régimen pensional así como de los riesgos y consecuencias del traslado, por lo que deviene declarar la ineficacia de esa afiliación o de ese cambio de régimen pensional que realizó la demandante de Colpensiones a la AFP Porvenir, mediante formulario diligenciado el 8 de septiembre del 1999...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la sentencia, al considerar que para el año 1999 fue suscrito el formulario de afiliación de la actora y no se exigía suministrar información adicional; que se debe respetar la voluntad de la demandante de trasladarse de régimen; que la asesoría brindada fue verbal; que el monto de la mesada pensional no puede ser el motivo por el cual la actora pretenda su regreso al RPM; por otro lado, manifiesta su inconformidad frente a la devolución de los gastos



de administración, al estimar que estos conceptos tienen una destinación específica e invertidas en su oportunidad y no se encuentran en cabeza de la entidad.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo emitido, al considerar que, para el año de 1998 existía el deber de información, no existía tal requisito con rigor normativo y jurisprudencial que se tiene hoy en día y por ello, la AFP solo cuenta con el formulario de afiliación; que exigir o solicitar información adicional no es acertado; que en caso de no revocarse el fallo, se adicione la sentencia, en el sentido de trasladar los gastos de administración junto con los saldos de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La apoderada de la **demandante**, solicita se confirme la sentencia a encontrarse ajustada a derecho de acuerdo a las pruebas recaudadas en el decurso del litigio y en la que se pudo corroborar la falta de información por parte de Porvenir S.A..

Colpensiones, a través de su apoderada reclama la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que, el traslado efectuado por la actora, fue realizado en forma libre y voluntaria, después de habersele brindado la información en forma clara y precisa; que no se encuentran acreditados los vicios del consentimiento; que no es posible exigir requisitos no estipulados para la fecha en que se efectuó el



traslado; la carga de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica y sin ninguna ponderación; que se afecta el principio de sostenibilidad financiera al ponerse en una situación caótica a la entidad.

La demandada **Porvenir S.A.**, en su oportunidad litigiosa reclama que la sentencia debe ser revocada, al efectuarse el traslado en forma libre, voluntaria y consiente en el formulario de afiliación; que la inconformidad de la actora respecto al RAIS, es respecto al monto de su mesada pensional, las cuales no son iguales entre los dos regímenes; que la AFP para la fecha del traslado no tenía el deber del buen consejo o doble asesoría; que la actora permaneció en el RAIS, por un prolongado lapso de tiempo; respecto a los gastos de administración señaló que, ellos tienen una destinación específica por mandato legal; que no se debe imponer condena en costas a la entidad.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 32, radicada ante Colpensiones el 21 de septiembre de 2018 y de la cual la entidad emitió en la misma fecha respuesta a su pedimento (fl. 32 archivo 01. Expediente 08 2019-00713).



Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por María Liliana Blanco Herrán al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, 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, registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 6); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 6); formulario de afiliación a Porvenir suscrito el 9 de agosto de 1999 (fl. 10, 220); solicitud de ineficacia presentada ante Porvenir S.A. (fl. 12); reclamación presentada ante Colpensiones (fl. 20); respuesta de Porvenir S.A. a la solicitud de la actora (fl. 28, 40, 302); respuesta de Colpensiones a reclamación (fl. 32); resumen de la cuenta individual de ahorro pensional de la demandante (fl. 46); extracto fondo de pensiones obligatorias (fl. 50); simulación de pensión emitida por Porvenir (fl. 56, 310); historia laboral consolidada y emitida por Porvenir (fl. 76); bono emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 96); respuesta emitida por el Ministerio de Defensa Nacional a un derecho de petición incoado por la actora (fl. 104); certificado de tiempo de servicios prestado a las



Fuerzas Militares de Colombia (fl. 106, 116); certificado CETIL (fl. 108); certificado electrónico de tiempos laborados CETIL (fl. 110); expediente administrativo e historia laboral (fl. 191, medio magnetofónico) certificado de Asofondos SIAFP (fl. 222); certificado de afiliación a Porvenir (fl. 226); relación histórica de movimientos Porvenir (fl. 228); resumen de historia laboral (fl. 300).

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

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

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



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

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

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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación**

libre y voluntaria *cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el



artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación



respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*
En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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



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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo



tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

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

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de mayo de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1999, tal como se



advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo acopiado a folio 191 del informativo (GRP-SCH-HL-66554443332211_1705-20200210121827, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 9 de agosto de 1999 y 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 al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 10).

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 *«... No yo nunca, hasta lo digo sinceramente nunca he tenido asesores de las entidades, porque lo más importante era afiliarse y el hospital nos dijeron que nos afiliamos a Porvenir...»*. (Archivo 08. AUD. ORD. 08-2019-00713-20210716_165724).

Que, no se le informó que tenía un límite de edad para devolverse al RPM; tampoco cuales eran los requisitos para pensionarse.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por María Liliana Blanco Herrán, al fondo de Pensiones Colfondos y Porvenir S.A., efectuado en los años 1997 y 2000, al no haberse suministrado la



información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

Finalmente, deberá precisarse que, en el sub lite la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con más de 35 años de edad, ni tampoco contaba con 15 años de servicios.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por el apoderado de Porvenir S.A., en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al



despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

INDEXACIÓN

Como quiera que el apoderado de Colpensiones reclama que los aportes y gastos de administración sean trasladados debidamente indexados al Régimen de Prima Media, esta Colegiatura ordenará el traslado de los conceptos de aportes, gastos de administración y demás emolumentos, debidamente indexados, por el período en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora (sentencia SL4360 de 2019 y sentencia SL4811 de 2020).

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Por último, resulta pertinente indicar que, al declararse la ineficacia del traslado, no se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, al no efectuarse las cotizaciones al RPM, sin embargo, deberá precisar esta Sala de Decisión 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. Luego entonces, en forma alguna se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, dadas las resultas del recurso de alzada.



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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el día 16 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA LILIANA BLANCO HERREN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dado el resultado de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. a favor de la demandante, MARÍA LILIANA BLANCO HERREN en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CAROLINA FRANCO VASCO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **CAROLINA FRANCO VASCO** solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada el 5 de julio a Colmena hoy Protección por existir vicios en el consentimiento; como consecuencia de ello, la nulidad del traslado efectuado a Porvenir el 30 de marzo de 2005; se ordene a Porvenir trasladar la totalidad del ahorro al RPM; que Colpensiones debe aceptar el traslado y los aportes de la demandante; a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; que se debe ordenar el pago de las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que estuvo afiliada al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de marzo de 1993 hasta el 30 de septiembre de 1999; que a dicha entidad cotizó 338,71 semanas; que el Colegio New Man autorizó el ingreso de asesores de Colmena hoy Protección a sus instalaciones; que el asesor informó a la actora que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría; que su mesada pensional sería igual o superior al RPM; que se podía pensionar en forma anticipada; que el 29 de septiembre de 2009 ante las promesas realizadas se afilió a Colmena hoy Protección; que no recibió asesoría; que el 18 de julio de 2003 se traslada a Porvenir, sin embargo, no fue informada que hasta los 47 podía trasladarse al RPM; que el 20 de diciembre de 2018 solicitó una simulación pensional y el 21 de diciembre le dieron respuesta a su requerimiento; que el 20 de diciembre de 2018 solicitó la nulidad del traslado a Colpensiones, la cual fue resuelta en forma desfavorable; que el 21 de enero de 2019



pidió a Porvenir el traslado a Colpensiones y el 29 del mismo mes y año se resolvió en forma negativa su solicitud.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la afiliación realizada goza de plena validez. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción y caducidad; cobro de lo no debido; inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe y la declaratoria de otras excepciones (fl. 100).

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la vinculación efectuada por la actora a dicha entidad fue libre y voluntaria y en la actualidad no se encuentra afiliada a la entidad, sino a Porvenir. Como medios **exceptivos** propuso las de, buena fe por parte de la AFP Protección S.A.; inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A.; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción, compensación y la genérica (fl. 137).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación efectuada en 2003 goza de plena validez y eficacia, al haberse brindado información a la actora. Como medios **exceptivos**, propuso las de, prescripción, buena fe,



inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. Archivo 002.).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de febrero de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de septiembre de 1999; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos de la demandante; **condenó** a Colpensiones a aceptar el traslado y aportes; **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenó** en costas a la AFP Protección; **ordenó** la consulta en favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas, considera este despacho que si bien es cierto se explicaron algunas de las características, las mismas no fueron explicadas en forma clara, precisa y concisa para que la actora tuviera conocimiento específicamente de los beneficios del Régimen de Ahorro Individual y que beneficios tendría o que diferencias tendría con el régimen de prima media, y si bien, los apoderados señalan que la demandante continuó realizando aportes, lo que demuestra su interés en pertenecer en el régimen de ahorro individual, considera este despacho que dicha circunstancia no es cierta, toda vez que su obligación método – empleador, realizar aportes al sistema de seguridad social.

En consecuencia, así la demandante no quisiera seguir en el régimen de ahorro individual, no puede trasladarse a Colpensiones, tal y como ella misma lo manifestó que intentó hacer y que fue rechazada su solicitud, debía efectuar sus aportes a algunos de los sistemas pensionales, en este caso le correspondía al régimen de ahorro individual toda vez que no se había solicitado ante Colpensiones, para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia el despacho declarará ineficaz el traslado efectuado por la demandante, toda vez que no se acreditó que se le brindó una información clara, suficiente, oportuna y veraz....” (49:25).

RECURSO DE APELACIÓN:



La **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la sentencia, al considerar que al suscribirse el traslado a Colmena no renunció a ningún beneficio pensional, y por ello no se puede considerar que se vulneró o quebrantó el deber de información; que al efectuarse el traslado horizontal, se configuró un acto de relacionamiento; que no es dable ordenar al devolución de gastos de administración, al estar reglados en la Ley 100; que opera el fenómeno de la prescripción frente a los gastos de administración.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, arguye que su representada no recibió una asesoría completa, real y veraz al momento de efectuar su traslado; que, a pesar de no ser beneficiaria del régimen de transición, pero ello no es óbice para que se debe invertir la carga de la prueba.

A su turno, **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada, ya que, no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento al efectuarse el traslado de régimen, por tanto, la afiliación efectuada es válida; que el formulario suscrito por la actora goza de la presunción de legalidad al no haberse tachado ni desconocido; que fue garantizado el derecho de retracto; que se efectuó un traslado horizontal de Santander y posteriormente a Porvenir en el año 2003, brindándose la información en forma completa y oportuna; que el hecho de permanecer en el sistema por más de 22 años, demuestran la intención de



permanecer en el RAIS; que no se le pueden imponer cargas distintas a las existentes al momento de la afiliación; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las citadas en el artículo 113 de la Ley 100; que los gastos de administración y primas de seguros no financian la pensión de vejez.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 45, radicada ante Colpensiones el 20 de diciembre de 2018 y de la cual la entidad emitió respuesta en la misma fecha (fl. 46).

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Carolina Franco Vasco al



régimen de ahorro individual administrado por Colmena hoy Protección, y las que se dieron con posterioridad a aquella, 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 la demandante (fl. 17); reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fl. 18, 20, 105); formulario de afiliación a Colmena (fl. 23); formulario de afiliación a Porvenir suscrito el 18 de julio de 2003 (fl. 24); derecho de petición incoado ante Porvenir (fl. 25, 47); simulación pensional efectuada por Porvenir (fl. 26, 58); historia laboral consolidada expedida por Porvenir (fl. 31, 63); estudio pensional realizado a la demandante (fl. 36); derecho de petición incoado ante Colpensiones el 20 de diciembre de 2018 (fl. 45); respuesta de Colpensiones al derecho de petición (fl. 46); derecho de petición presentado ante Porvenir S.A. (fl. 50, 53); respuesta de Porvenir a la petición (fl. 51, 56, 69); formulario de afiliación suscrito en a Colmena el 29 de septiembre de 1999 (fl. 149); comunicación de traslado de aportes efectuado por Protección a Porvenir (fl. 150); reporte estado de cuenta emitido por Protección (fl. 151); certificación emitida por Asofondos – SIAFP (fl. 156); formato para notas docente (fl. 72).

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

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

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

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

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar 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 (RPMPPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar



asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*

6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de marzo de 1993 al 30 de septiembre de 1999, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente digital (fl. 20, 105), para luego trasladarse a la AFP Colmena, el 29 de septiembre de 1999 del cual se trasladó posteriormente a Porvenir S.A., el 18 de julio de 2003, fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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



AFP Colmena hoy Protección S.A. y posteriormente Porvenir S.A., tenían 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. 23, 24).

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 para el año de 1999 «... *Tuvimos una charla, que vino un asesor, una charla en general para todos los profesores y personas que laboramos acá y nos dijeron que era importante que nos pasáramos a un régimen de fondos privados, puesto porque iba a tener una pensión igual o mejor que la que podía tener en el Seguro Social, porque me podía pensionar más joven, me garantizaban la pensión. Además porque el seguro social estaba pasando por un momento económico difícil y pues había un aval importante detrás de eso...*». (Archivo 006. 2019-362 (PC) Art 77-Nulidad traslado).

Respecto a la asesoría brindada por los fondos privados, señaló que, no fue recibida, que no sabía que pasaba con el dinero aportado si no podía pensionarse; tampoco tenía conocimiento respecto a la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual, que a pesar de haber suscrito el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria, no lo leyó; tampoco tenía conocimiento respecto a la posibilidad de retractarse de su decisión de trasladarse; ni las modalidades de pensión que ofrecen en el RAIS, ni como se liquidaba la prestación, ni los factores que se tenían en cuenta para ello.



Colmena en su oportunidad no le remitió extractos bancarios y su traslado horizontal a Porvenir S.A., obedeció a que un asesor le indicó que dicha entidad tenía el respaldo económico del Grupo Aval.

Cuando creyó que podía tener un posible desmedro económico en el fondo privado, decidió retornar a Colpensiones, pero tal pedimento no fue resuelto en forma favorable a la reclamante.

A pesar de haber realizado aportes voluntarios y retiró dichos dineros, sin embargo, esto lo hizo más por recomendación de su contador y para obtener beneficios tributarios que por otro motivo.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 Protección S.A. y posteriormente de 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 Protección S.A. y 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por Carolina Franco Vasco, al fondo de Pensiones Protección y Porvenir S.A., efectuado en los años 1999 y 2003, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

Finalmente, deberá precisarse que, en el sub lite la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con más de 35 años de edad, ni tampoco contaba con 15 años de servicios.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de



descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

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

(...)

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



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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por el apoderado de Porvenir S.A., en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

PRESCRIPCIÓN

Alegó el apoderado de Porvenir S.A., que se debe estudiar el fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación,



también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no es procedente declarar la excepción propuesta y alegada por la pasiva en la alzada.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Por último, resulta pertinente resolver el pedimento de la apoderada de Colpensiones, en el sentido de alegar que al declararse la ineficacia del traslado, se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, al no efectuarse las cotizaciones al RPM, sin embargo, deberá precisar esta Sala de Decisión 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. Luego entonces, en forma alguna se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

COSTAS En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE



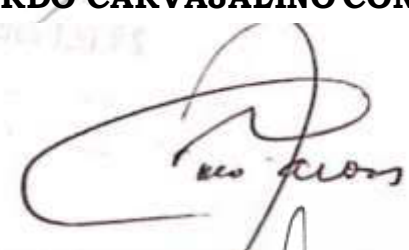
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 25 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CAROLINA FRANCO VASCO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y Otros.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dado el resultado de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. a favor de la demandante, CAROLINA FRANCO VASCO en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

-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-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GERMÁN AUGUSTO GARCÍA ZACIPA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; CLÍNICA PARTENÓN LTDA Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 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»



A U T O

Como quiera que el apoderado de la parte demandada, Clínica Partenón, presentó desistimiento frente al recurso de alzada formulado ante el Juez de conocimiento, esta Sala de Decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 316 del Código General del Proceso al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del Código Procesal Laboral y las facultades otorgadas al profesional del derecho en mandato acopiado a folio 74 del cuaderno 1 del expediente digital, se **ACEPTARÁ** el desistimiento al recurso de alzada impetrado por la pasiva.

Por otro lado, se reconocerá personería para actuar a la abogada Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con C.C. No. 1.049.614.551 de Tunja y portadora de la T. P. No. 246.554 como apoderada sustituta de Colpensiones, conforme a la sustitución allegada vía electrónica.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor GERMÁN GARCÍA ZACIPA, solicita se ordene a la CLÍNICA PARTENÓN Ltda a efectuar los pagos o aclaraciones correspondientes a Colpensiones correspondientes a los años 1998 a 2008 período durante el cual prestó sus servicios a favor de la demandada; se ordene el pago de intereses moratorios por el retardo en el pago de aportes al sistema de seguridad social; como consecuencia de la declaración indicada se ordene a COLPENSIONES a corregir la



historia laboral del actor; se condene al pago de costas y agencias en derecho a la demandada.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 4 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se encuentra afiliado al régimen de prima media desde el 17 de abril de 1986; que laboró en la Clínica Partenon con contrato de trabajo desde el 1 de agosto de 1995 al 30 de abril de 2008 como jefe de recursos humanos; que el empleador no realizó la totalidad de aportes al sistema de seguridad social entre el 1 de agosto de 1995 al 30 de abril de 2008 viéndose afectado en la densidad de semanas de cotización; que la historia laboral del demandante no refleja el tiempo servido para la Clínica Partenón; que radicó petición a Colpensiones el 24 de agosto de 2016, sin embargo, no se ha emitido una respuesta.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas al considerar que no iban dirigidas en su contra y por otro lado, que, la entidad no podía realizar la corrección de la historia laboral al no comprobarse la existencia de una relación laboral. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica (fl. 42).

La **CLÍNICA PARTENÓN LTDA**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, ha realizado los pagos a las entidades correspondientes. Propuso como **excepciones** las de cobro de lo no debido y la genérica (fl. 97).

El **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – PAR ISS EN**



LIQUIDACIÓN, solicitó a dicha entidad de las pretensiones incoadas ya que no es sucesor procesal al ISS en liquidación. Como medios **exceptivos** propuso los de falta de legitimación de la causa por pasiva; falta de agotamiento de la vía gubernativa; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación; pago total de las obligaciones; cobro de lo no debido; buena fe del ISS y del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR ISS; presunción de legalidad de los actos administrativos (fl. 196).

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opone a la prosperidad de las pretensiones ya que estas no van dirigidas contra dicha entidad. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y prescripción (fl. 211).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 13 de julio de 2021, resolvió; **condenó** a la Clínica Partenón Ltda. a pagar a Colpensiones los conceptos dejados de cotizar; **condenó** a Colpensiones a corregir la historia laboral del actor; **absolver** a los demás demandados; **declaró** no probadas las excepciones formuladas; **condenó** en costas a la Clínica Partenón Ltda., **ordenó** la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Se ordenará a Colpensiones a corregir la historia laboral del demandante conforme a los períodos que hemos enunciado, con anterioridad y que deben ser reconocidos y pagados por la Clínica Partenón junto con aquellos períodos que se encuentran con una cantidad de días cotizadas inferior a 30 días, pues reiteramos, es deber, en este



caso de Colpensiones, de ejercer las acciones correspondientes para obtener el pago de los mismos...". (53:42)

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia, al considerar que con la historia laboral del demandante aportada el 21 mayo de 2021, comparándola con la obrante en el expediente administrativo, se evidencia, que se realizó una corrección de 297,7 semanas de cotización, de la Clínica Partenón, en el que se puede establecer que son 442,04 semanas cotizadas por el actor; que la responsabilidad en el pago de las cotizaciones es del empleador, y que no se puede equiparar el pago de intereses moratorios a una omisión al deber de afiliación.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La demandada, **Colpensiones**, señaló que la sentencia debía confirmarse, al estimar que, no se encuentra acreditada la relación laboral respecto a los períodos en mora reclamados por el demandante; que el demandante no se encuentra afiliado, y por tanto no se podría tener como períodos en mora los reclamaos en la demanda.

El apoderado del **Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales hoy Liquidado** cuya administración y vocería se encuentra a cargo de la Fiduciaria de Desarrollo



Agropecuario – Fiduagraria S.A., reclama que se debe confirmar la sentencia, ya que el Instituto de Seguros Sociales se encuentra liquidado y por tanto no puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 24, en la que Colpensiones resolvió la solicitud de corrección de historia laboral presentada por el actor (01. 2017-00091 Cuaderno 1).

No es objeto de debate la relación laboral que existió entre GERMÁN AUGUSTO GARCÍA ZACIPA y la CLÍNICA PARTENÓN entre el 1 de agosto de 1995 hasta el año 2002, pues así lo dejó sentado el A quo en la sentencia proferida; tampoco hubo discusión los salarios devengados por el demandante durante el vínculo laboral ni frente a los pagos que debe realizar la Clínica por los períodos de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1998; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre de 1999; junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2000 y enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2001.



Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada Colpensiones, en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si Colpensiones actualizó la historia laboral del demandante y por otro lado, si es procedente ordenar la actualización de dicho documento frente a los aportes no realizados por la Clínica Partenón.

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., formulario solicitando corrección de historia laboral (fl. 14, 47); copia de derecho de petición (fl. 15); respuesta de Colpensiones a derecho de petición (fl. 24); reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (primer cuaderno, fl. 27; 678; segundo cuaderno fl., 135;); copia de cédula del demandante (fl. 30); cobro coactivo administrativo adelantado por el extinto ISS a la Clínica Partenón del 12 de mayo de 2010 (fl. 102; fl. 99 tercer cuaderno); consignación de depósitos judiciales (fl. 104 a 119); respuesta del P.A.R. I.S.S. a derecho de petición incoado por la Clínica (fl. 120); respuesta oficio sin número del 1 de febrero de 2016 (fl. 122); derecho de petición incoado por representante legal de la Clínica Partenón al Patrimonio de Remanentes PAR del ISS Liquidado el 1 de febrero de 2016 (fl. 126); respuesta de la Clínica Partenón frente a derecho de petición incoado (fl. 132); derecho de petición incoado por representante legal de la Clínica Partenón al Patrimonio de Remanentes PAR del ISS Liquidado el 13 de diciembre de 2017 (fl. 134); respuesta a la Clínica Partenon del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en Liquidación del 28 de diciembre de 2017 (fl. 136); derecho de



petición incoado por representante legal de la Clínica Partenón al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales el 14 de diciembre de 2017 (fl. 137); autoliquidación mensual de aportes expedida por el Seguro Social (fl. 139); certificado laboral del demandante emitido por la Clínica Partenón (fl. 144); denuncia penal instaurada por representante legal de la Clínica el 7 de febrero de 2018 (fl. 145); formato comunicado interno del 14 de diciembre de 2017 (fl. 148 a 150); planilla de autoliquidación mensual de aportes al sistema (fl. 151 a 178); respuesta del fondo de pasivo Social de Ferrocarriles Nacional a requerimiento judicial (fl. 255, 257); proceso administrativo de cobro coactivo ISS adelantado por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (fl. 258); depósitos realizados por la Clínica Partenón (fl. 277); liquidación certificada de deuda a cargo de la Clínica Partenón emitida el 15 de abril de 2001 (fl. 278); liquidación de deuda presunta emitida el 15 de abril de 2002 (fl. 279); autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social (cuaderno 1 del expediente digital, fls. 281 a 293; 298 a 389; 391 a 486; cuaderno 2, fls., 3 a 38; 49 a 89; 105 a 113; 138 a 207; 209 a 210, 218 a 282; 288 a 585; tercer cuaderno, fl. 2 a 41); Resolución No. 00320 del 27 de junio de 2003, mediante la cual se aprueba un acuerdo de pago con la Clínica de Partenón (fl. 294); respuesta del PAR a requerimiento judicial (fl. 492); certificado expedido por Colpensiones respecto a historia laboral del demandante (fl. 494 a 499); certificado de pagos realizados por la Clínica Partenón a favor de Colpensiones e historia laboral (fl. 500, 677); Oficio del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales allegando copia del procedimiento administrativo de cobro coactivo No. 1989 (fl. 513); respuesta del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles frente a requerimiento (fl. 542); certificación de estado de cuenta de la Clínica Partenón al 16 de septiembre de 2019 (fl. 544 a 671); solicitud de refinanciación facilidad de pago Clínica Partenón al extinto Instituto de Seguros Sociales (fl. 39 cuaderno 2); citación para notificarse de la



Resolución No. 01220 en el que se dispuso la reestructuración de un acuerdo de pago (fl. 40 a 48 segundo cuaderno); Resolución No. 04381 en el que se reestructuró el acuerdo de pago (fl. 90 segundo cuaderno); solicitud nuevas tasas de intereses por parte del Representante Legal de la Clínica Partenón (fl. 92 segundo cuaderno); solicitud de Colpensiones para acreditar pagos acordados en acuerdo (fl. 99 segundo cuaderno); solicitud de informe de aportes presentado por el actor (fl. 102 segundo cuaderno); requerimiento de pago de las cuotas pactadas (fl. 114, 120, 123 segundo cuaderno); liquidación certificada de deuda No. 005 del 31 de enero de 2010 (fl. 117 segundo cuaderno); solicitud de reestructuración de acuerdo de pago presentado por la parte actora (fl. 119 segundo cuaderno); liquidación de deuda efectuada por el extinto ISS (fl. 124 a 134 segundo cuaderno); Resolución 14707 del 2010, en el que se reestructuró el acuerdo de pago (fl. 211 segundo cuaderno); certificación de pago de aportes (fl. 214 segundo cuaderno); solicitud cambio de garantía de acuerdo de pago (fl. 283 segundo cuaderno); Resolución No. 021095 en el que se desembargo del 18 de noviembre de 2011 (fl. 284 segundo cuaderno); reliquidación cobro coactivo y títulos judiciales consignados (fl. 42 a 90 tercer cuaderno); respuesta al derecho de petición radicado 1 de febrero de 2016 (fl. 91 a 95 tercer cuaderno); derecho de petición incoado por la Clínica Partenón al Fondo Pasivo de Ferrocarriles (fl. 96; 101 tercer cuaderno); respuesta del PAR ISS., a derecho de petición (fl. 158 tercer cuaderno); proceso de cobro coactivo (archivo 04. 2017-00091 Cuaderno de pruebas 1 y cuaderno de pruebas 2)

DE LAS HISTORIAS LABORALES

En principio debe señalar esta Sala de Decisión, que, con el fin de salvaguardar la información y datos personales, el Gobierno Nacional expidió la Ley 1581 de 2012.



Con la preceptiva legal se impuso la obligación de custodia, conservación y guardia de la información, estatuyendo como un deber a las entidades del tratamiento de datos la de “e) Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible”.

Consecuencia de lo anterior, Colpensiones está obligada a mantener la información suministrada a sus afiliados, debidamente actualizada, con el fin de no hacer incurrir en error respecto a la información que se registra en sus bases de datos o plataformas web.

En igual sentido se pronunció la H. Corte Constitucional en sentencia T-208 de 2012, en donde se hizo alusión a la expectativa frente a la publicación o emisión de las historias laborales;

“..Cuando dicha entidad emite un pronunciamiento de resumen de semanas cotizadas por el empleador, correspondiente a la historia laboral, ha de entender que en principio dicha información la ata, salvo que proceda jurídicamente para controvertirla, pues a partir de ésta el receptor se crea una expectativa en torno al reconocimiento de su pensión, siendo éste un acto que expone la posición de la entidad frente a la relación jurídica en cuestión. Así las cosas, en un momento posterior no puede afirmar sin justificación alguna que la persona cotizó menos semanas de las certificadas, puesto que si bien tiene el derecho de revisar sus archivos, lo cierto es que termina siendo una conducta contradictoria que atenta contra la honestidad y lealtad con la que han de cumplir sus funciones, pues ha generado en otro la expectativa del reconocimiento de su pensión.

Por lo tanto, se ha de entender que las certificaciones que haga la entidad acerca de las semanas cotizadas en pensiones la vinculan, en principio, por haber creado una expectativa en el receptor de la información. Por tanto, al resolver las solicitudes de pensión en un momento posterior ha de tener en cuenta la información que allí quedó consignada, teniendo el deber de no retractarse de las semanas cotizadas que ya había reconocido, es decir, no pudiendo afirmar que son menos de las inicialmente reconocidas, salvo que encuentre una justificación bien razonada para proceder de manera contraria...”



Luego entonces, se presume que las historias laborales emitidas por Colpensiones es cierta y veraz, al tener a su cargo, el deber de custodiar la información de sus afiliados y así también lo ha dejado sentado nuestro órgano de cierre, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL5170 del 27 de noviembre de 2019, con ponencia de la Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En tal aspecto, no cabe duda, que la encargada de suministrar y mantener la información de los afiliados en forma actualizada, en el sub examine, no es otra que Colpensiones, conforme a los pagos y novedades registradas por los empleadores y afiliados independientes.

1. DEL PROCESO DE COBRO COACTIVO

En el sub lite, tenemos que el extinto Instituto de Seguros Sociales, inició proceso de cobro coactivo contra la Clínica Partenón por los aportes al sistema de seguridad social adeudados, y consecuencia de tal trámite, se efectuó la liquidación de la deuda a cargo de la Clínica el 15 de abril de 2001 (fl. 278).

Que, durante el decurso del trámite de ejecución adelantado por la entidad, y debido a la voluntad exteriorizada por la clínica, se emitió la Resolución No. 00320 del 27 de junio de 2003, en el que se aprobó un acuerdo de pago, en el que se comprometió la convocada a juicio a efectuar unos pagos de aportes en cuotas.

Con el fin de cubrir el monto de cotizaciones adeudadas al ente de seguridad social, la Clínica efectuó varios pagos, tanto por depósito judicial, como por planillas de pago (fl. 104 a 109, 500, 677).



Pese a lo anterior, la Clínica no efectuó los pagos en forma completa y consecuencia de ello, solicitó al extinto ISS, una refinanciación y mediante Resolución No. 01220 se autorizó tal pedimento (fl. 39 a 48 cuad. 2).

Una vez autorizado el pago de la refinanciación de la deuda, el representante legal de la Clínica Partenón solicitó se le aplicaran nuevas tasas de interés a favor de la empresa, pero al no poderse verificar los pagos acordados con precedencia, se requirió en varias oportunidades a la Clínica para que acreditara o allegara los comprobantes de los rubros cancelados.

En el decurso del trámite coactivo adelantado, la Clínica Partenón solicitó un cambio de garantía del acuerdo de pago celebrado frente a inmuebles y con Resolución No. 021095 del 18 de noviembre de 2011 se procedió a desembargar el bien objeto de registro (fl. 284 cuad. 2).

Luego entonces, se encuentran acreditadas las gestiones adelantadas por el ISS hoy Colpensiones frente a las acciones de cobro, de los períodos no cotizados por la Clínica Partenón, de acuerdo a lo expuesto por nuestro órgano de cierre, en sentencia 34270 del 22 de julio de 2008, Magistrado Ponente, Doctor, Eduardo López Villegas.

Del análisis de las probanzas allegas, colige con certeza esta Sala de Decisión que el proceso de cobro de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, fue iniciado por el extinto Instituto de Seguros Sociales en el año 2001 contra la Clínica Partenón y consecuencia de ello, se realizaron pagos parciales de estos emolumentos con el fin de cumplir con su obligación de legal de recuperar y cobrar los aportes no realizados, luego entonces, no se comparte la apreciación del *A quo*



frente a la negligencia en adelantar este trámite por parte del ISS hoy Colpensiones.

2. CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL

Para resolver este problema jurídico, debemos recordar que de conformidad con el art. 23 de la Ley 100 de 1993 se establece que los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios.

El artículo 24 ibídem estipula que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

Frente a este tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 5166-2017 y SL 234-2020, tiene adoctrinado que el incumplimiento de aportes por parte del empleador y la anuencia en su cobro por el fondo administrador de pensiones no conlleva el desconocimiento del derecho pensional del afiliado que lo construyó con la prestación de su servicio, pues son las administradoras de pensiones y no los afiliados las que tienen por ley la capacidad de promover la acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por tanto, no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.



En el caso de autos, el fallador de primera instancia condenó a la Clínica Partenón a pagar los aportes a pensión, enunciados en forma precedente y adicional a ello, ordenó a Colpensiones a actualizar la historia laboral del actor de los períodos de diciembre de 1995; agosto de 1997; marzo de 1998; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre, octubre y noviembre de 1999; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2000; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2001, en este aspecto la sala debe realizar dos precisiones;

3. DE LOS PERÍODOS REFLEJADOS EN LA HISTORIA LABORAL

El juzgado de conocimiento, en audiencia celebrada el 8 de mayo de 2019, requirió a Colpensiones para que allegara la historia laboral del demandante actualizada, y la misma fue copiada al expediente digital y puesta en conocimiento de las partes en la audiencia de juzgamiento, para su debida contradicción (Archivo 22.20- CC-79105953 - HL).

Así las cosas, de la prueba arribada al proceso, se tiene que, el ciclo correspondiente a diciembre de 1995 se encuentra debidamente actualizado y contabilizado en las semanas de cotización del demandante, teniéndose como Ingreso Base de Cotización la suma de \$220.000.

En lo atinente al período de agosto de 1997, también se encuentra computadas las semanas, con un Ingreso Base de Cotización de \$500.000.

Consecuencia de lo anterior, se modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, al encontrarse acreditado el trámite de actualización de la historia laboral, frente a estos dos períodos de cotización.



4. DE LOS PERÍODOS COTIZADOS POR UN TÉRMINO INFERIOR A 30 DÍAS

De acuerdo a la historia laboral acopiada al haz probatorio, se tiene que la Clínica Partenón efectuó cotizaciones por los períodos de marzo (23 días) y junio (0 días) de 1998; enero (3 días), marzo (2 días), abril (3 días) y mayo (2 días) de 2000 y por ello, el juez de conocimiento ordenó el pago por 30 días laborados por el actor.

Luego entonces, la condena por concepto de actualización de historia laboral frente a estos períodos de tiempo deberá realizarlos Colpensiones.

5. PERÍODOS NO COTIZADOS POR LA CLÍNICA PARTENÓN

En lo atinente a los ciclos de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1998; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre, octubre y noviembre de 1999; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2000; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2001, revisada la historia laboral, los mismos no se encuentran reportados como cotizados.

Por lo tanto, Colpensiones deberá actualizar la historia laboral frente a estos períodos de tiempo.

COSTAS.



Sin lugar a costas, al haberse conocido en el grado jurisdiccional de consulta y considerarse no causadas al resolverse la apelación impetrada por Colpensiones.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el día 24 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GERMÁN AUGUSTO GARCÍA ZACIPA** y en su lugar **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a **CORREGIR** la historia laboral del actor, de acuerdo a las precisiones expuestas en la parte motiva de la presente providencia y por los siguientes períodos laborados;

Año	Meses
1998	Marzo, Junio, Septiembre, Octubre, Noviembre, Diciembre
1999	Enero a Julio y Septiembre a Noviembre
2000	Enero, Marzo a Mayo y Junio a Diciembre
2001	Enero, Marzo a Octubre

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.

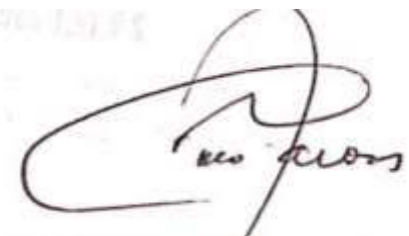


TERCERO. COSTAS. Sin costas en esta instancia al no aparecer causadas.

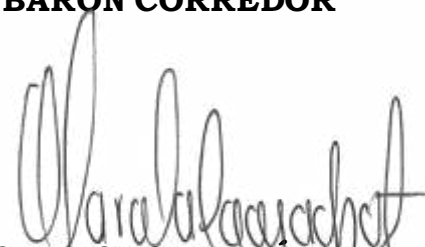
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-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 **YESID ARBELAEZ MAHECHA** contra **SINTEPOX S.A.S.**
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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.

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

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

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

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor YESID ARBELAEZ MAHECHA solicita se declare que existió un contrato de prestación de servicios profesionales como abogado con la sociedad SINTEPOX S.A.S.; que los extremos de la relación contractual fue de abril de 2017 al 18 de diciembre de 2017; que la empresa demandada adeuda al demandante la suma de \$12.750.000, correspondiente al 25% de los valores recaudados; que se deben pagar intereses moratorios; lo que resulte ultra y extra petita; y al pago de las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 40 a 43 de las diligencias, que en síntesis advierten, que es abogado y a finales de septiembre de 2016 se reunió con el señor Jorge Enrique Suárez en calidad de contador de la empresa Sintepox S.A.S., para asesorarlo con inconvenientes ante la DIAN; en noviembre de 2016 presta derecho de petición ante la DIAN y por este documento se pagó la suma de \$800.000; en enero de 2017 se reunió con el señor Raimundo Pareja y ayudarlo a solicitar una devolución de impuestos por valor de \$231.000.000; que se acordó el pago de \$5.000.000, los cuales serían pagados al recibir la devolución de los dineros; que fue necesario contratar a una persona para que colaborara con la elaboración de las retenciones en la fuente; en marzo de 2017 presentó la solicitud de devolución ante la DIAN; que Raimundo Federico Pareja adujo que el demandante no había trabajado en la solicitud; en agosto de 2017 se reunieron las partes para dialogar sobre las acciones administrativas a adelantar ante la DIAN; que el pago acordado por honorarios era el estipulado por Conalbos; que el 18 de octubre de 2017 se presentó la petición ante la entidad; el 18 de diciembre de 2017 la DIAN ordenó la devolución de los dineros a favor de la empresa; que el 26 de enero presentó la cuenta de cobro a la empresa SINTEPOX Ltda.; que le fue solicitado un descuento por los honorarios y el demandante accedió a



tal pedimento; el 5 de febrero de 2018 presenta la nueva cuenta de cobro pero tampoco es aceptada por el demandado; el 20 de febrero de 2018 acordó con la firma de abogados a la que consultó, presentar un aviso de cobro, sin embargo, la empresa hizo caso omiso la requerimiento.

CONTESTACIÓN: La demandada, **SINTEPOX S.A.S**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, jamás existió un contrato verbal ni escrito para reclamar las devoluciones de dinero ante la DIAN. Como **excepciones** propuso las de la no existencia del contrato de prestación de servicios y cobro de lo no debido (fl. 75).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1 de junio de 2021, resolvió; **absolver** a la empresa Sintepox S.A.S. de todas las pretensiones de la demanda; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Así entonces considera el juzgado que efectivamente se demuestra la gestión que hizo el señor demandante respecto del derecho de petición que elevó y con el cual se le cancela los \$800.000, igualmente debe señalar el juzgado que quedó claramente demostrado, no solamente por la confesión del demandante sino por las pruebas aportadas al proceso que esa devolución de los \$231.315.000, pues, no fue producto de la gestión que realizara el demandante...” (10:52)

CONSULTA

Si bien la apoderada de la parte actora en su debida oportunidad incoó recurso de apelación y sustentó en la audiencia de juzgamiento



celebrada por el Juez de conocimiento, desistió del recurso incoado y el mismo fue aceptado en auto de 2021.

Surtidos los términos procesales, se procederá a conocer del trámite procesal en el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y los argumentos esbozados por el sentenciador de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 69 del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver en la Litis, si el demandante tiene derecho al pago de los honorarios reclamados en el petitum, al considerar que existió un contrato de prestación de servicios profesionales verbal, para adelantar trámites ante la DIAN y con ellos obtener la devolución de unos pagos a favor de la empresa convocada a juicio, de ser afirmativa esta premisa, se deberá cuantificar el valor de los honorarios causados a favor del demandante.

DE LOS HONORARIOS PROFESIONALES

De vieja data se ha venido señalando que el ejercicio de la profesión de abogado se cimienta en un contrato de mandato reglado por los artículos 2142 al 2199 del Código Civil, y por ende en los procesos laborales, cuando se solicita la remuneración u honorarios debe tenerse claro que



los principios de favorabilidad reglados por los trabajadores subordinados en el Código Sustantivo del Trabajo no tienen aplicación, pues deben observarse en la parte sustantiva los principios de igualdad contractual que caracterizan la negociación o contratación civil, empero el procedimiento es el señalado en el estatuto procesal laboral.

Con el fin de resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, derecho de petición radicado con el No. 032E2016044974 del 9 de noviembre de 2016 (fl. 2); respuesta al derecho de petición presentado el 9 de noviembre de 2016 (fl. 4); poder para reclamar obligaciones del año gravable 2013 (fl. 5); reclamación efectuada por el demandante el 18 de abril de 2017 y radicado con el No. 03232017023868 (fl. 6); memorial reclamándose respuesta al derecho de petición presentado el 18 de abril de 2017 (fl. 8); respuesta al derecho de petición del 18 de abril de 2017 (fl. 9); resolución emitida por la DIAN, reconociendo saldo a favor de la empresa por valor de \$231.315 (fl. 10); cuenta de cobro por valor de \$12.750.000 (fl. 14); petición radicada con No. 032E2018027330 del 19 de abril de 2018 (fl. 18); pago de asesoría del 8 de junio de 2017, por valor de \$800.000 (fl. 52, 71); comprobante de pago por valor de \$800.000 del 10 de noviembre de 2016 (fl. 73), documentos que no fueron tachados ni reargüidos de falsos, igualmente se recibieron los interrogatorios de las partes y el testimonio de los señores, Juan Pablo Pantoja Arbeláez, Jorge Enrique Suárez; Mónica Alexandra Romero Castillo (fl. Medio magnetofónico 107).

Al respecto, tenemos que el demandante, en su oportunidad señaló que el demandado a través de su representante legal le dio un poder para iniciar los trámites administrativos ante la DIAN, el cual fue elaborado por él, pero firmado por el representante legal de Sintepox S.A.S.; que posteriormente, *“surgió la elaboración de un poder para realizar un trabajo de la cuantía de \$51.000.000 que estaba en juego entre Sintepox y la DIAN, yo mismo redacté*



el poder, fue hecho por la secretaría de él, la señora Mónica redactó el poder se lo entregó al señor Federico para que lo firmara y lo presentará ante la notaría, fue así como ese poder llegó a mis manos para hacer este trabajo pero previo a ello nos reunimos en la oficina del doctor Federico para hablar sobre sumas para hacer el trabajo, me dijo que como era un trabajo especializado para hacer esa solicitud de los \$51.000.000, me dijo hágame el trabajo que yo le pago de acuerdo a la tarifa para ese caso en especial, ahí quedamos todo, bueno yo inicie el trabajo, presente memoriales, mis argumentos ante la oficina de cobranza ante la Dirección de Impuestos Nacionales de Bogotá y a esperar que se resolviera satisfactoriamente el caso de los \$51.000.000, fue así como la oficina respectiva falló diciendo que no se cobraban los \$51.000.000 y yo le informe eso al doctor Federico para que me hiciera el pago de la suma que habíamos manifestado verbalmente que me pagaba, entonces de ahí surgió que él se puso un poco disgustado conmigo, porque lo que yo le estaba cobrando era lo que por tarifa de acuerdo con Conalbos”.

Que no recibió poder para reclamar o cobrar lo atinente a la suma de \$231.315.000, sino para reclamar \$51.000.000, ya que en lo atinente a la primera suma, el demandado contrató al señor Bravo y fue reiterativo en indicar que para el trámite de cobro de los “\$231.315.000 no he hecho ninguna diligencia, solamente lo reitero el poder que me dio fue para reclamar los \$51.000.000, que la oficina de cobranzas le estaba cobrando a Sintepox, ese fue todo el trabajo que yo desarrolle, inicialmente empezamos con un derecho de petición que lo firmó el por iniciativa mía, hágalo a nombre suyo, no me dio poder ni nada para que presentara ese derecho de petición y en razón a esa respuesta fue que surgió el trabajo que me encomendó de los \$51.000.000 y charlamos y listo eso fue todo”.

El representante legal de la empresa Sintepox S.A.S., indicó que, no solo conocía al señor Yesid Arbelaez, sino que, la empresa que representa tuvo inconvenientes con la DIAN y “le solicitamos al señor Arbeláez que nos representará ante la DIAN para resolver los dos problemas que estuvimos, nos sobra aclarar que en cada una de estas solicitudes del servicio la DIAN exige que se entregue un poder autenticado, nosotros en las dos ocasiones que solicitamos los servicios profesionales del doctor Arbeláez, le hicimos un poder autenticado, uno para cada proceso”; que el demandante radicó derecho de petición con el fin de recuperar la suma de \$22.000.000, sin embargo, la DIAN emitió respuesta favorable únicamente frente a la suma de \$20.180.000; en lo



atinente a los honorarios por el trámite adelantado con el fin de recuperar la suma de \$231.000.000, fue enfático en señalar que el demandante no tenía aprobación para realizar dicha gestión, que tuvo *“la intención de solicitar el servicio para esta devolución de los \$231.000.000”*, sin embargo, después de haberse acordado el monto de los honorarios (\$5.000.000), el actor le exteriorizó que no podía llevar a cabo ese trámite y debían contratar a otra persona; respecto a la *“partida de \$51.000.000 que tenía algún problema, pero a la fecha en que nosotros presentamos la solicitud de devolución esos \$51.000.000 por vencimientos de términos la DIAN ya no los podía cobrar, la DIAN ya no podía hacer nada ni retener esa plata y por vencimientos de términos la DIAN resolvió devolvernos los \$231.315.000”*.

En cuanto a la labor desplegada por el profesional del derecho, indicó el representante legal de Sintepox S.A.S., que, había contratado al abogado para dos gestiones, *“la primera que fue en el año 2016 ustedes no entregaron el poder de esa gestión, la primera que fue en el segundo semestre del año 2016, no entregaron el poder en la cual dice para que fue hecho eso y para ese poder se le pagaron en el 2016- 11- 10 o sea noviembre 10 de 2016 se le pagaron \$800.000 y la segunda gestión que contratamos con él, el 14 de julio del 2017 se le pagaron \$800.000, para eso fue la gestión de los \$22.000.000, si usted me pregunta cual fue no la segunda, la segunda fue la de los \$22.000.000, la primera fue la de 2016 y ustedes no entregaron el poder, para la del 2016, en el poder de la del 2016 dice específicamente para que fue hecha”*.

A su turno, los testigos solicitados por las partes, señalaron en su oportunidad lo siguiente;

Juan Pablo Pantoja Arbeláez, nieto del demandante, informó conocer de un poder, otorgado por el representante legal de Sintepox S.A.S., para adelantar trámites ante la DIAN, pero no recuerda *“cuánto era el valor poder, pero era para que él pudiera hacer estos trámites ante la Dian.”*.

Jorge Enrique Suárez, fue contador público, de la empresa demandada, e informó que, el poder conferido al demandante no lo vio, pero si tiene



conocimiento que la gestión adelantada por el demandante, fue para reclamar la suma de \$321.000.000; que *“...la compañía a su vez también tenía un saldo a favor por concepto de impuestos de renta, entonces el siguiente problema es que toco esperar que pasaran tres años para poder hacer la solicitud de devolución de este saldo a favor de impuesto de renta a favor de la compañía y en ese lapso también se venció el plazo que tenía la administración de impuesto para reclamarle a la compañía los \$22.000.000, que para la fecha, pasado ya el tiempo, eso llegó como a uno \$50.000.000 a favor de la DIAN”*; debido a esos inconvenientes contrataron al abogado Arbelaez, quien *“presentó el derecho de petición inicial a la DIAN, contestó de una manera muy simple, dos o tres renglones, dijo que simplemente se consultara la norma sobre devolución de impuesto que regían en ese momento para esa situación, en vista de que la respuesta fue tan simple es decir que no respuesta, entonces el doctor Arbeláez presentó una demanda en forma, un alegato perdón, diciéndoles que a la DIAN ya se le había, le había prescrito el término para ser efectivo el cobro de los \$50.000.000 de ventas que tenía la DIAN a su favor, ese alegato no fue contestado por la DIAN”* y para solicitar la devolución de los dineros que se encontraban en la DIAN, *“intervino el doctor Bravo”*.

Mónica Alexandra Romero Castillo, es auxiliar contable de la empresa Sintepox S.A.S., conoce al demandante, y que, *“se contrató al señor Yesid Arbeláez para presentar dos derechos de petición, uno de ellos que era por \$22.881.000 a la DIAN para que nos acreditaran ese mal arrastre que le comente, el otro no recuerdo muy bien pero todo está relacionado con la solicitud de devolución; él hace ese trámite ante la DIAN y en el mes de junio de 2017 el señor Jorge Enrique Suarez Caraballo me manifiesta que la DIAN ya no tiene un documento soporte para cobrarnos ese monto, le dije porque en medio de mi ignorancia que me explicara y el me explico y me dice que ya se habían vencido los términos para la DIAN podemos cobrar ese monto, que ya podíamos hacer la solicitud de devolución”*; que de los derechos de petición elaborados por el demandante, le fueron pagados los honorarios.

Ahora bien, de la documental allegada debe hacer varias precisiones esta Colegiatura, dadas las incongruencias entre los hechos y pretensiones incoadas por el demandante junto con las declaraciones rendidas por las partes y los testigos.



El 9 de noviembre de 2016 fue efectuado un derecho de petición dirigido a la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá con el que se reclamó *“Ora bien, de otra parte los actos administrativos en poder de la administración, no se han efectuado actos de decisión, valga decir, que a la fecha han transcurrido seis (6) meses para la declaración de Renta y patrimonio de la sociedad, por el año gravable de 2013 y diez y siete (17) meses para la declaración de ventas por el 2° período de 2013, en suma, se ha prescrito cualquier acción para actuar en materia impositiva...”*, tal pedimento fue radicado con el No. 032E2016044974 y suscrito por el representante legal de la empresa Sintepox Ltda., (fl. 2).

A la petición radicada por el representante legal, el 9 de noviembre de 2016, la DIAN emitió respuesta el 22 de noviembre de 2016, en el que indicó *“...Me permito informarle que la firmeza de la liquidación privada opera por ley de acuerdo con el artículo 714 del Estatuto Tributario, ahora bien, con respecto al arrastre indebido, presentado en la declaración de ventas del año gravable 2013, este despacho le comunica que el competente para verificar, es la División de Gestión de Cobranzas, por tal motivo le sugerimos acercarse a esta Dependencia ubicada en la Carrera 6 N° 15 32 Pisos 2 y 3...”* (fl. 4).

Del derecho de petición elaborado se pagó la suma de \$800.000, el día 10 de noviembre de 2016 (fl. 73).

El 18 de abril de 2017, el demandante, Yesid Arbelaez Mahecha en calidad de apoderado de la sociedad Sintepox Ltda., presentó petición, la cual fue radicada con el No. 032E 2017 023868, con el fin de *“adelantar las diligencias necesarias a fin de obtener mediante el acto administrativo correspondiente, pedir a la **DIVISIÓN DE GESTIÓN DE COBRANZAS**, de la **DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTO DE BOGOTÁ**, la **acreditación** de la suma de **VEINTI DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL PESOS M/C (\$ 22.881.000)** concepto que aparece en el estado de cuenta de obligaciones por contribuyente, por un arrastre indebido que se registró en la declaración de ventas del segundo (2) bimestre de 2013, presentada **el 23-05-2013** en forma oportuna. De la misma manera informo que la declaración de renta de la sociedad en comento por el año gravable de 2013 fue presentada el día 24-04-2014, también forma oportuna. Colorario*



de lo así expuesto , solicito, a esta división proferir la decisión de rigor, con el acto administrativo respectivo ordenando en esta oportunidad, se acredite la suma antes registrada , a la vez se decida que la cifra en cuestión sea borrada del sistema – **Procesamiento Automático de Datos – PAD** Y/O de la sección que se encargue de estas novedades..” (fl. 6).

Al no recibirse respuesta a la petición, el abogado demandante, presentó solicitud de pronunciamiento respecto al requerimiento efectuado el 18 de abril de 2017 (fl. 8).

La DIAN con oficio de fecha 3 de mayo de 2017 dio respuesta a la petición radicada con el No. 032E 2017 023868 y en la que indicó;

“... En atención al derecho de petición de la Referencia me permito informarle que consultada la obligación Financiera de la DIAN, le figura a la sociedad un saldo por pagar por concepto de impuesto a las ventas 2 período de 2013, la suma de \$20.180.000, más los respectivos intereses causados a la fecha el pago.

Lo anterior obedece a que la sociedad SINTEPOX LTDA, con NIT. 800.092.420, presentó declaración No. 3009603889989 de impuesto a las ventas período 2 de 2013, el 23 de mayo de 2013, registrando en el renglón 80 Saldo a favor del período fiscal anterior, el valor de 31.198.000; siendo el correcto el que arrojó la declaración de corrección No. 3009604585400 del impuesto a las ventas período 1 de 2013, presentada el 22 de julio de 2013; renglón 85 por la suma de 8.317.000; lo que indica que se registró un mayor valor de saldo a favor de 22.881.000.

Así mismo le informo que para la imputación del correcto saldo a favor en el impuesto a las ventas período 2 de 2013, se debe tener en cuenta lo estipulado en el artículo 589 del Estatuto Tributario correcciones que disminuyan el valor a pagar o aumenten el saldo a favor, ante la dependencia correspondiente... (Resaltado de la Sala).

El 14 de junio de 2017 la demandada pagó honorarios al demandante, por valor de \$800.000, de acuerdo al comprobante de egreso No. 20169 (fl. 71).



Posteriormente la DIAN emite Resolución de devolución y/o compensación de fecha 18 de diciembre de 2017, en el que, se resolvió la solicitud incoada por el señor Raimundo Federico Pareja de la Espriella, radicada con los Nos. 108002467938 de fecha 20171018110419, del saldo a favor liquidado en la declaración de renta del año 2015, la cual fue presentada el 4 de mayo de 2016, con formulario No. 1111603896856 y en el que se dispuso “*RECONOCER a favor de SINTEPOX LIMITADA , con NIT: 800092420 -6 la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS QUINCE MIL PESOS M/CTE. (\$231.315.000)...*” (fl. 10).

En esta última reclamación, debe resaltarse que la misma no fue radicada ni adelantada por el abogado demandante, sino por el representante legal de la empresa Sintepox S.A.S., tal y como quedó registrado en el acto administrativo emitido por la DIAN.

Deviene de lo anterior, que las partes de común acuerdo y en ejercicio del principio de autonomía privada de la voluntad, acordaron la realización de sendos derechos de petición, el primero de ellos, fue presentado directamente por el representante legal de la convocada a juicio y el segundo por intermedio del abogado, siendo este último contestado por la DIAN, informándose que se debía adelantar las gestiones de cobro conforme a las disposiciones contenidas en el Estatuto Tributario.

Pese a lo anterior, después de emitirse el pronunciamiento por parte de la DIAN, no se verifica con la documental allegada al haz probatorio que Yesid Arbeláez Mahecha adelantara trámite administrativo adicional, con el fin de obtener la devolución de los dineros a favor de Sintepox S.A.S..

En este sentido, cabe resaltar que de conformidad con el artículo 2142 del Código Civil Colombiano, el contrato de mandato puede “*ser gratuito*



o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”, articulado que en consonancia con las pruebas allegadas al proceso, previamente reseñadas, permiten evidenciar que en efecto se realizaron documentos de índole jurídico, sin embargo, por elaboración de estos dos documentos se pagaron \$800.000, para cada uno de ellos, en su debida oportunidad.

Esto en razón, a que la Sala no puede desconocer, **que jurídicamente todo ser capaz debe asumir las consecuencias de su actuar**, pues así lo ha manifestado la doctrina y en especial Honorable Corte Constitucional², quien ha establecido al analizar el artículo 16 de la Constitución, que éste consagra con respecto a las personas la **libertad in nuce**, puesto que, cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella³. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna⁴, es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena para decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a la existencia y, en armonía, con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársele sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. Por tanto, como lo ha señalado la Corte Constitucional (...) cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, **lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia**. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, **en concreto**, no en abstracto no se traduzca en daño para otro. Podemos

² Corte Constitucional C-221 de 1994

³ Corte Constitucional C-SU642 de 1998

⁴ Artículo 1º Constitucional



no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo, son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia. En otros términos: que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige⁵.

Así pues, resulta claro para la Sala, que las partes acordaron la realización de sendos de derechos de petición y frente a ellos, el demandante no manifiesta objeción alguna, ya que aceptó el pago recibido en las dos oportunidades por Sintepox S.A.S., sin embargo, su reclamo reside frente al pago de honorarios en los valores recaudados por la empresa demandada.

Pese a lo anterior, se itera, no obra en el cartulario ningún documento que haga visible las actuaciones administrativas adelantadas por el abogado Arbeláez Mahecha con el fin de obtener la recuperación de dineros a favor de su representada, máxime, se recalca, la actuación se limitó a presentar un derecho de petición.

Al no salir avante la solicitud de reconocimiento de honorarios, también está llamada al fracaso la pretensión relativa al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

En consecuencia, se confirmará la sentencia objeto de consulta, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

COSTAS:

⁵ Corte Constitucional C-221 de 1994



Sin lugar a costas, dado que se está conociendo del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **YESID ARBELAEZ MAHECHA** contra **SINTEPOX S.A.S.**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia al conocerse del trámite 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.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor".

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández".

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 **VÍCTOR MANUEL TOVAR ORTIZ** CONTRA **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **VÍCTOR MANUEL TOVAR ORTIZ** por intermedio de apoderado judicial, persigue la existencia de un nexo contractual laboral a término indefinido ejecutado entre el 15 de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2018, que feneció sin justa causa; como consecuencia, se condene el reintegro al mismo cargo o uno igual o superior al que desempeñaba sin solución de continuidad, junto con los salarios reajustados, prestaciones sociales legales y convencionales, y vacaciones, desde la terminación del contrato y hasta su restitución. Así mismo, pretende la cancelación de las prestaciones sociales legales y convencionales de todo el vínculo laboral; los aportes a seguridad social integral. De manera subsidiaria, reclama la reliquidación de las cesantías y los intereses a las cesantías, al igual que el reconocimiento y pago de las primas extralegales de junio, diciembre y vacaciones, sanción por falta de pago íntegro de los intereses a las cesantías, sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indexación, costas y agencias en derecho. (fls. 4 a 6).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 6 a 11 de las diligencias, que en síntesis advierten que celebró vínculo laboral con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS desde el 15 de enero de 1999 para desempeñar el cargo de Extensionista en el Comité Departamental de Cafeteros de Cundinamarca y devengando la suma mensual de \$2'382.292, por suscripción de un contrato de trabajo a término fijo renovado anualmente. Refiere que la modalidad del contrato se tornó a término indefinido en virtud del parágrafo de la cláusula octava de la Convención Colectiva de Trabajo 1976 suscrita entre la demandada y la organización sindical SINTRAFEC, de la cual son beneficiarios todos los trabajadores por voluntad expresa de las



partes. Que su vínculo laboral fue terminado por la convocada el 31 de diciembre de 2018. Alude que el dador de laborío no le reconoció durante la duración del contrato las primas semestrales de junio y diciembre estipuladas en el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974, como tampoco la prima de vacaciones consagrada en el artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996, ni liquidó su cesantía anual durante los últimos 3 años, incluyendo como factores salariales las referenciadas prestaciones extralegales, pese a que tienen connotación salarial de acuerdo a los mentados textos convencionales. Que se afilió a la organización sindical el 27 de febrero de 2016.

CONTESTACIÓN: La pasiva **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el contrato individual de trabajo a término fijo suscrito entre las partes feneció por una causa legal, cual es la consagrada en el literal c) del artículo 61 del CST, por la terminación del plazo pactado previo aviso de no prórroga, de conformidad con lo estatuido en el artículo 46 del CST. Agrega que la disposición que contenía la estabilidad laboral fue derogada por las partes suscribientes de la misma convención colectiva, en convenciones posteriores. Concluye indicando que el accionante no era beneficiario del régimen convencional, al no encontrarse afiliado a Sintrafec, no se le efectuaban descuentos por concepto de aportes a esta organización sindical, a más que el sindicato tiene el carácter de minoritario desde el mes de marzo de 1988. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa de la demandante y la genérica, folios 494 a 525.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública



celebrada el 18 de junio de 2021, resolvió **declarar** que entre las partes se verificó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 15 de enero de 1999 hasta el 14 de enero de 2000, que a partir del 15 de enero del año 2000 estuvo regido por un contrato a término indefinido por disposición convencional; **declarar** que VÍCTOR MANUEL TOVAR ORTIZ es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre SINTRAFEC y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS; **condenar** a la demandada a reintegrar al demandante al cargo de Extensionista que venía desempeñando al momento en que se desvinculó u otro de igual o superior categoría o remuneración; **declarar** que no hubo solución de continuidad en la relación laboral; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar al actor los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales compatibles con el reintegro causados desde el día siguiente a la fecha de su desvinculación que corresponde al 1° de enero de 2019 junto con los aumentos legales y extralegales a que hubiere lugar, junto con los aportes a la seguridad social desde la fecha del despido y hasta la fecha en que se haga efectivo su reintegro, al igual que los beneficios convencionales a partir del 15 de enero de 2000, momento en el cual se dio el cambio de modalidad contractual a indefinida; **declarar** probada la excepción de compensación para lo cual se autoriza a la encartada descontar de los valores que haya que reconocerle al actor con ocasión a la orden de reintegro, las sumas que se le hayan pagado en la liquidación final del contrato y **condenar** en costas a la demandada (CD a folio 623).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, se acreditó en el plenario que el demandante laboró para la demandada desde el 15 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre del año 2018, desempeñando como último cargo el de Extensionista, vínculo que mutó a indefinido desde el 15 de enero de 2000, conforme al parágrafo 1° de la cláusula octava de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, el cual estatuyó el cambio en la modalidad de contratación de término fijo a indefinido,



luego de que el trabajador haya cumplido un año de servicio, que además, sigue en vigor. Añade que la relación laboral terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, dado que este dispuso la terminación propia del contrato a término fijo, extendiéndole al trabajador el preaviso, pese a que el contrato de trabajo ya lo era a término indefinido, por manera que al ser el demandante beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, dado que conforme a los distintos textos convencionales, estos se aplican a todos los trabajadores y el actor se vinculó a la organización sindical desde el 27 de febrero de 2016, tiene derecho al reintegro conforme al literal e) de la cláusula tercera de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978 con las consecuencias que ello genera, máxime que el trabajador contaba con más de 8 años de servicios y fue despedido sin justa causa, a más que en el *examine* no se hace desaconsejable esa reincorporación.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como sustento de su disidencia que la decisión proferida por el Juzgado de Conocimiento debe ser modificada en el sentido de ordenar el reintegro en el mismo lugar de trabajo y en un cargo de igual o superior categoría al desempeñado a la fecha del finiquito, dado que puede ocurrir, como en efecto lo ha hecho la demandada en otros casos, que su reintegro se efectúe en un lugar diferente al que se encontraba, en condiciones totalmente desfavorables para él y su familia, lo cual imposibilitaría la materialización de la orden impartida por el *a quo*.

A su turno, la **parte demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación** manifestando como reparo que el Juzgado de Conocimiento pasó por alto que el artículo 3° de la Convención Colectiva de Trabajo 1978-1980 derogó el artículo de la Convención



Colectiva de 1976 que contenía la mutación de contratos de trabajo de término fijo a término indefinido, pues las partes suscribientes de la primera Convención en mención regularon en su integridad lo relativo a la estabilidad de los trabajadores de la demandada estableciendo el reintegro y mejorando las tablas indemnizatorias que a la fecha se encuentran vigentes, a cambio de la eliminación de la cláusula de mutación de contratos, interpretación que ha sido asumida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, como así se estableció en la sentencia del 9 de noviembre de 2018 dentro del proceso 2018 126 01 con ponencia de la Magistrada Luz Patricia Quintero Calle, al igual que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL6231-2016 de fecha 11 de mayo de 2016, Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga, lo cual fue obviado por el *a quo* sin cumplir con la carga mínima de argumentación y transparencia, en el sentido de manifestar las razones de su disenso y por las cuales se apartaba del precedente, acotando que el contrato de trabajo que unió a las partes lo fue a término fijo, el cual terminó conforme al artículo 61 del CST literal C), esto es, por la causa legal de expiración del plazo pactado, dado que se cumplió por parte de la demandada el preaviso contenido en el artículo 46 del CST, por tanto, no hay lugar al reintegro ni al pago de la indemnización por despido sin justa causa, como tampoco salarios, prestaciones legales y extralegales y aportes a la seguridad social. Añade que en el caso analizado, debe declararse probada la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda y que fue totalmente omitida por el *a quo* al ordenar el pago de prestaciones extralegales desde el año 2000, dado que en el presente asunto dicho fenómeno se interrumpió con la radicación de la demanda en el año 2019, a más que por encontrarse el trabajador convocante afiliado a Sintrafec y a Sintrainduscafé desde el mes de marzo de 2016, la empresa le ha reconocido la totalidad de prestaciones extralegales a que ha tenido derecho por tal condición, como se advierte de los comprobantes de nómina allegado a las diligencias, de suerte que



dando aplicación a la excepción de prescripción, no habría lugar a reconocer suma alguna a su favor.

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: Refiere el demandante que su reintegro debe darse en las mismas condiciones existentes en el momento en que fue despedido, no debiendo quedar ninguna duda que ello debe ser en el mismo lugar donde prestaba sus servicios laborales, es decir en el municipio de Supatá. Agrega que conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL- 2209 rad. 74080 de julio 8 de 2020 M.P. Dra Ximena Isabel Godoy Fajardo, la totalidad de beneficios convencionales son extensivos a la totalidad de los trabajadores de la Federación; de igual manera, las normas convencionales, la mutación de los contratos de trabajo de término fijo a término indefinido, cláusulas de estabilidad, reintegro etc.

Parte demandada: La convocada a juicio adujo que al caso de marras resulta aplicable lo definido por la Corte Suprema de Justicia en un asunto similar, en sentencia del 11 de mayo de 2016, y en virtud de la cual debe interpretarse que el contrato de trabajo del demandante, nunca dejó de ser a término fijo, luego y aun a modo de discusión, no le asiste el derecho al reintegro pretendido, pues su contrato de trabajo no terminó unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador, sino por expiración del plazo fijo pactado conforme lo establece el artículo 61 del C.S.T., posición esta que por lo demás, ha sido aplicada de antaño por esta Sala, asunto que fue obviado por el Juez de Primera



Instancia, que pasó por alto el precedente vertical aplicable al caso en concreto

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación de la demanda y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y los recursos de alzada formulados por ambas partes, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales y, en especial, aquellas impuestas en el artículo 66A del C.P.L., se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen los parámetros normativos y probatorios para concretar la modificación del término contractual y, con ello, la procedencia del reintegro convencional en el mismo cargo y lugar de trabajo que ostentaba el actor a la fecha del finiquito.

En igual sentido, establecer si las prestaciones extralegales reconocidas por la falladora de primera instancia se encuentran cubiertas por el fenómeno extintivo de la prescripción.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los



medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, contrato de trabajo a término fijo y otros sí (fls. 34 a 35 y 526 a 540), comunicaciones extendidas por la demandada al actor (fls. 36 a 45), copias de pagarés (fls. 46 a 52), certificación laboral (fls. 54, 62 y 556), descripción y perfil de cargos (fls. 55 a 57), contrato de prenda (fls. 58 a 59), carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 60 a 61 y 543 a 544), comprobantes de nómina (fls. 63 a 65, 545 y 558 a 593), liquidación final del contrato (fls. 66 y 546), certificaciones emanadas de Sintrafec (fls. 67 a 68), estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros (fls. 122 a 167), contrato de administración del Fondo Nacional del Café (fls. 168 a 186), Manual del Cafetero Colombiano (fls. 187 a 207), Convenciones Colectivas de Trabajo (fls. 208 a 438), acta de iniciación de conversaciones en la etapa de arreglo directo y Laudo Arbitral (fls. 438 a 460), comunicación de afiliación a Sintrafec y a Sintrainduscafé (fls. 541 a 542), liquidación de cesantías (fls. 547 a 551), acreditación de pagos a seguridad social (fls. 552 a 555); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que VÍCTOR MANUEL TOVAR ORTIZ laboró al servicio de la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA desde el 15 de enero de 1999 bajo la modalidad contractual laboral de término fijo por un (1) año, para ejecutar el cargo de Extensionista² y devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma final de \$2'382.292, mismo que feneció el 31 de diciembre de 2018 al aducir la encartada el vencimiento del plazo pactado (folio 62); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en los recursos de alzada³.

² Folios 36 y 526 a 540.

³ Artículo 66A del CST.



BENEFICIOS CONVENCIONALES – MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

Liminarmente, juzga conveniente precisar esta Sala de Decisión que la parte demandada no discute en esta instancia la declaratoria impartida por el *A quo*, concerniente a conceder a TOVAR ORTIZ la condición de beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo vigentes para las datas de su relación contractual, por extensión concretada en el instrumento convencional de 1965.

Consideración respecto de la cual no se emitirán juicios de valor y acierto, máxime cuando se hallan a tono con las determinaciones jurisprudenciales de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la providencia con radicación 38463 de 2012 y SL19487-2017.

De suerte que, descendiendo al reparo principal elevado por el extremo convocado a juicio atinente al reintegro por mutación de la modalidad contractual, se advierte que el sustento de tal reclamo es visible en los fundamentos del *libelo* introductor, al referir que en la Convención Colectiva de Trabajo para la vigencia de 1976, se previó tal transformación en la duración del vínculo y, que consumado ello, la alusión deslucida por la pasiva para fenecer el nexo carece de justeza e implica su reintegro.

Regulación que obra en las Convenciones Colectivas de Trabajo con la correspondiente acta de depósito⁴ que, en cuanto al punto de debate, enseña a la letra:

«CLAUSULA OCTAVA. - ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de Contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios:

⁴ Folio 273.



(...)

Parágrafo. Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de tiempo indefinido».

Reglamentación que si bien, en un principio y para los periodos que cobijó el reseñado elemento convencional en los términos de la cláusula trigésimo segunda *ejusdem*⁵, avaló la transformación de las modalidades contractuales para aquellos prestadores del servicio con contrato a término fijo que contaran con un año de servicio continuo, lo cierto es que tal prescripción normativa no encontró camino de continuidad en los subsiguientes pactos convencionales al ser motivo de modificación.

Nótese como en el documento convencional suscrito entre la pasiva y la organización sindical para las datas de 1° de abril de 1978 a 31 de marzo de 1980 y, en lo tocante a la estabilidad laboral, refirió en el artículo 3° que:

«ESTABILIDAD LABORAL

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo de servicios:

- a) Cincuenta y Seis (56) días de salarios cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un (1) año;*
- b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicios continuo y menos de cinco (5) se le pagará Veintisiete (27) días adicionales de salario sobre los Cincuenta y Seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes y proporcionales por fracción.*
- c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio y menos de ocho (8) se le pagarán treinta y seis (36) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*
- d) Si el trabajador tuviere ocho (8) años o más de servicio continuos, se le pagarán cuarenta y dos (42) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*

⁵ «La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de veinticuatro (24) meses exactos, contados a partir del primero(1o.) de Abril de mil novecientos setenta y seis (1976), expirando el treinta y uno (31) de Marzo de mil novecientos setenta y ocho (1976)»



- e) *Cuando el trabajador hubiere cumplido ocho (8) años continuo de servicios y fuere despedido sin justa causa, podrá solicitar ante el Juez del Trabajo el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización de que trata el literal d) de este Artículo, en la forma prevista por el numeral 5º, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.»*

Disposición que fue el origen para la eliminación en el ámbito laboral, de la novación contractual para los pactos a término fijo de los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, pues a *posteriori*, no fue incluida en los restantes instrumentos convencionales integrados a las diligencias (folios 302 a 460).

Circunstancia que, lejos de verse catalogada en un actuar desconocedor de los derechos a favor de los prestadores del laborio, emana como un suceso constitutivo del derecho constitucional a la negociación colectiva entre el patronal y la organización sindical, al perseguir la ampliación del valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo e, incluso, la procedencia del reintegro para un grupo especial de empleados.

A ello se suma, que las nuevas prescripciones no evidencian vulneración por encontrarse a tono con la continuidad de los derechos y prestaciones, aun respecto de las modificadas, para aquellos que en tal estadio temporal contaban en su haber con un derecho adquirido, como fue plasmado en el artículo 30 de la Convención Colectiva de Trabajo 1978 a 1980.

De manera que, ningún error emana de las determinaciones asumidas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS al dar continuidad del contrato de trabajo a término fijo, por ser la materialización de aquella reivindicación histórica plasmada en el artículo 55 de la Constitucional Política de 1991, que buscaba velar por el acceso de los anhelos de los trabajadores en las relaciones obrero-patronales, incluyendo regulaciones a título prestacional y de obligaciones.



Reclamo constitucional que no cuenta con desconocimiento por las Altas Corporaciones jurisdiccionales, al ser abundantes y prolijas las determinaciones emanadas de esos cuerpos colegiados al pretender definir y dar alcance al postulado negocial en asuntos colectivos del trabajo; así, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral mediante proveído SL 2838-2019 Rad. 84566 de 24 de julio de 2019, con ponencia del H. Magistrado Fernando Castillo Cadena, enseñó:

*«En igual dirección la Sala tiene dicho que esa claridad la reclama la especial naturaleza que en nuestro sistema legal tiene la que se ha dado en denominar autocomposición como medio ideal de solución del conflicto colectivo de trabajo, la cual corresponde a un proceso civilizado de diálogo que se sustenta con las contribuciones que haga cada una de las partes y que debe partir de la **certeza** que tengan ellas sobre lo que es materia del diferendo laboral y, por lo tanto, de la negociación. **Sólo si existe esa certeza** podrán los involucrados en el diferendo manifestar sus inquietudes y diferentes posiciones sobre el mismo, discutir acerca de sus respectivas aspiraciones, intercambiar opiniones y propuestas y analizar fórmulas de arreglo, cuestiones éstas que son inherentes a todo proceso de negociación (sentencia CSJ SL, del 22 de jul. 2004, rad. 23.959).
(..)» (subraya la Sala)*

A su turno, la H. Corte Constitucional en la sentencia C -063 de 2008 referenció tal derecho como:

*«La expresión “negociación colectiva” de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Constitución, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, **con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez**»*

Precisando que tiene cabida en el ámbito de una concertación voluntaria para «la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y



otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores»

En tal contexto, resulta palmario que la institución referenciada fue estatuida para proteger los derechos de los trabajadores, bien integrantes de una organización sindical ora por extensión, en el marco del anhelo reformativo y de incremento de los derechos laborales; escenario en el cual, los extremos se encuentran en un status de igualdad y con vocación legítima en que *«sus inquietudes, argumentos y aspiraciones enriquezcan el conflicto colectivo de trabajo, susceptibles, por tanto, de merecer una interlocución de su contraparte, en tanto de ambos cabe predicar la condición de sujetos de una relación contractual»*, como fue indicado por la CSJ en la sentencia SL 2838 de 2019.

Con ese propósito, se *itera*, no se encuentra que mediante la modificación de la estabilidad laboral reforzada concretada por la Convención del año 1976, dimanase una vulneración a los derechos de TOVAR ORTIZ cuando aun su nexo no había nacido a la vida jurídica, en la medida que ello tuvo lugar hasta el 15 de enero de 1999.

No puede perderse de vista que la presente discusión ya fue objeto de manifestación por la H. Corte Suprema de Justicia, que en su Sala de Casación Laboral dentro de la sentencia SL 6231 de 2016, adoctrinó:

*«Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, **modificó** la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.*

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4º de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. En los términos del Artículo 3º de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el parágrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el parágrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por parágrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla **modificó** tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, **dicho parágrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.**

(...)

En conclusión, examinadas las acusaciones enrostradas en los dos cargos, desde diversas perspectivas, no se equivocó el juzgador de segundo grado, dado que el contrato que ató a las partes en contienda fue a término fijo y, por ende, no era procedente el reintegro en los términos solicitados en la demanda inicial»

Así, de una lectura cuidadosa, diáfano resulta concluir que a la data de terminación del nexo contractual que ató a las partes, la modalidad concernía a término fijo y, de contera, avala la forma de terminación del contrato de trabajo por encontrar sustento en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber, la expiración del plazo fijo pactado, pues conforme al otrosí visible a folios 539 a 540 del informativo, tal vínculo expiraba el 31 de diciembre de 2018, siendo



extendido el correspondiente preaviso al trabajador el 22 de noviembre de 2018 (fls. 543 a 544), es decir, dentro del término definido por el artículo 46 del CST.

Resultando forzosa la revocatoria del fallo de primer grado, en lo que a este tópico, incluyendo la consecuente condena por salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, así como por los aportes a la seguridad social desde la fecha de la terminación del vínculo, en tanto que, como lo indicó la demandada en su alzada, no concurren los requisitos establecidos por los textos convencionales para el efecto, y en particular el despido sin justa causa, lo cual igualmente, hace impróspera la pretensión subsidiaria en la que se pretende la respectiva indemnización. Siendo oportuno acotar además, que las sentencias allegadas por el extremo actor ante la primera instancia, en manera alguna relataron la cláusula de novación contractual, ahora analizada.

PRESTACIONES SOCIALES CONVENCIONALES- PRESCRIPCIÓN.

Atendiendo que los restantes reclamos de la pasiva se encuentran encaminadas a obtener la declaratoria de la excepción de prescripción por ella formulada en su contestación, sobre las prestaciones extralegales reconocidas por el Juzgado de Conocimiento desde el 15 de enero de 2000, las cuales entiende la Sala se trata únicamente de las primas extralegales de junio y diciembre y de vacaciones, en tanto en la sentencia opugnada nada se dijo en relación con la reliquidación de la cesantía y sus intereses, sobre lo cual no se hizo ninguna oposición en la alzada, se procederá su estudio de la manera que sigue.

De entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra



que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

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

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio legalmente recaudado, se evidencia que al fenecer el vínculo el 31 de diciembre de 2018 la parte activa contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que no fue ejecutada sino hasta la interposición de la demanda el 26 de marzo de 2019, folio 461; la cual se entendió notificada por conducta concluyente, en virtud de la contestación allegada dentro del año siguiente de la emisión del auto admisorio, como lo ordena el artículo 94 del CGP.

De suerte que, le asiste razón al extremo convocado, por cuanto en el presente caso ha operado la excepción de prescripción, sobre las primas relatadas, pero con anterioridad al 31 de diciembre de 2015, por manera que en principio procede su reconocimiento desde el 2016, empero no debe pasar por alto la Sala que como lo advierte el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros, tanto la prima de vacaciones como las primas extralegales de junio y diciembre le fueron pagadas al demandante por los años 2016, 2017 y 2018, según se constata de los legajos obrantes a folios 545 a 546, 564, 570 a 571, 576, 582 a 583, 588 y 593.



Dimanando en la revocatoria del fallo de primera instancia sobre este tópico, dado que la encartada demostró su reconocimiento a favor del actor, por el período no afectado por el fenómeno de la prescripción, con sustento en su calidad de afiliado a Sintrafec.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para en su lugar imponerlas a cargo del demandante, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR los **NUMERALES PRIMERO, TERCERO, CUARTO y SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 18 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre **VÍCTOR MANUEL TOVAR ORTIZ** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 15 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha en la cual terminó por expiración del plazo fijo pactado, al tenor de lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL QUINTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 18 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, sobre las prestaciones convencionales reclamadas por el actor, causadas con anterioridad al 31 de marzo de 2015.



TERCERO: ABSOLVER a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** del reintegro ordenado por el Juzgado de Conocimiento, al igual que de las prestaciones convencionales reconocidas para los años 2016, 2017 y 2018.

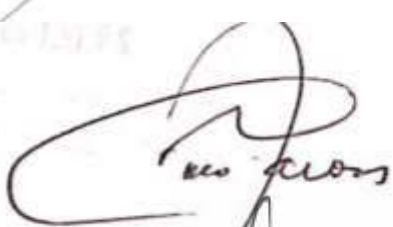
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada, y en particular, el reconocimiento de la calidad de beneficiario del demandante de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas por **SINTRAFEC** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para en su lugar imponerlas a cargo del demandante, liquidense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HUMBERTO REY BARÓN** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó el 26 de agosto de 1994, a través de la AFP Porvenir; en consecuencia, se condene a la AFP Porvenir trasladar con destino a Colpensiones los aportes por él realizados junto con los rendimientos financieros y sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas; condenar a Colpensiones a aceptar su traslado y recibir sus aportes pensionales; se condene en costas y agencias en derecho. (folio 9).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 9 del informativo, que en síntesis indican que, nació el 7 de septiembre de 1960, motivo por el cual cuenta con 59 años de edad; que entre el 1º de enero de 1989 y el 18 de noviembre de 1990 cotizó a la Caja de Seguridad Social Municipal de Fóqueme; que se afilió al otrora ISS el 23 de noviembre de 1990, cuando se desempeñaba como Asistente Jurídico Grado 15 de la Procuraduría General de la Nación. Refiere que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir



S.A., acto que se hizo efectivo en el mes de septiembre de 1994; que el formulario de afiliación a la AFP mencionada no contiene la firma de su empleador, tampoco hace alusión al derecho de retracto y cuenta con los datos de un asesor, pese a que fue una mujer quien le ofreció las condiciones de traslado, todo ello, en abierto incumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 1642 de 1995. Que el 28 de marzo de 2019 solicitó su traslado ante Colpensiones, el cual le fue negado mediante comunicación de simil data, por cuanto se encuentra a 10 años o menos de la edad mínima de pensión. Indica que solicitó ante la AFP Porvenir copia del formulario de afiliación y soportes de su asesoría, frente a lo cual le fue entregado el formato No. 223020, sin que se le extendiera documento adicional, por cuanto se le indicó que su asesoría fue verbal. Aduce que se presenta una diferencia entre la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen; que en caso de haber tenido conocimiento sobre las variables que son consideradas en el RAIS para efectos pensionales, como edad, esposa, hijos, estado de discapacidad, negociación del bono pensional, entre otros, no hubiere accedido al traslado de régimen.

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 efectuada por el demandante con la AFP, fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, acotando que es el juez del trabajo el único competente para determinar la validez o eficacia del traslado. Agrega que es a la parte activa a quien corresponde probar en debida forma que se presentó alguno de los vicios del



consentimiento estipulados en el artículo 1508 del C.C., resaltando que todo ciudadano durante la afiliación al RAIS tiene derecho al retracto y al dejar que el tiempo transcurra, sin efectuar pronunciamiento alguno, ratifica su intención de mantenerse afiliado al RAIS. Concluye indicando que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, a más que al 1° de abril de 1994, solo contaba con 171,6 semanas de cotización. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 49 a 52).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación del demandante al fondo de pensiones administrado por la AFP Porvenir fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 223020, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS. Aduce que no es procedente decretar la ineficacia referida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al Sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en el caso ni se alegan ni se acreditan por el actor. Refiere



que no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objeto ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del C.C., en tanto que la decisión del convocante fue libre, voluntaria y espontánea. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 79 a 92).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2021, resolvió **declarar** ineficaz la afiliación o el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir; **ordenar** a la AFP Porvenir trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante al Régimen de Prima Media administrado a través de Colpensiones, y a esta entidad a recibir dichos recursos, al igual que reactive su afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS y **sin condena** en costas. (Cd. a folio 145).

Lo anterior por considerar el *A quo* que el traslado del actor al RAIS se efectuó sin considerar el término de 3 años de permanencia previsto en el texto original del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sumado a 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 al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no puede tenerse por satisfecho con el formulario de afiliación; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de esa ineficacia, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Acota que en el *examine* no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, por cuanto en ambos regímenes se cobran esos valores, lo cual encuentra su sustento en la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción por parte del actor del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, amén que en este expresó que realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones la selección del RAIS, conforme a lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que ello no se trató de una simple declaración vacía dentro del formulario de afiliación, sino del cumplimiento de un requerimiento legal que fue suscrito por la parte demandante, quien se presume una persona capaz para obligarse. Agrega que al convocante siempre se le garantizó el derecho al retracto, como así lo dispuso el artículo 3° del



Decreto 1161 de 1994; sumando a ello que, la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce el principio de autonomía privada de la voluntad con que contaba el actor, definida en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses de los que son titulares, y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres. Aduce que la declaratoria de nulidad no solo constituye un desfinanciamiento del sistema pensional subsidiado por el Estado, sino que hacerlo de manera masiva, sin estudiar caso por caso, implicaría la creación de un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: La apoderada de la parte actora solicita la confirmación del fallo impugnado, al considerar que analizadas las pruebas recaudadas, el Juez en primera instancia declaró la ineficacia del traslado, precisamente porque no se dieron los prepuestos de la validez del mismo y en aplicación de la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no existiendo argumento válido de la AFP para controvertir tal decisión, dado que sus razones son simples apreciaciones subjetivas, cuando lo que está claro en el expediente es



que omitió su deber de información, que se encuentra estatuido desde el origen de la Ley 100 de 1993.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino



con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro cerca de 27 años y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado no se evidencia su cumplimiento, en tanto no obra solicitud elevada ante Colpensiones, en la cual se pretendiera la ineficacia del traslado al RAIS, por lo que tal presupuesto se entiende agotado con la presentación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

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



invocados por la AFP demandada, 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 HUMBERTO REY BARÓN al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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, comunicación emitida por la AFP Porvenir (fl. 4); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 22); comunicaciones emitidas por Colpensiones (fls. 23 a 24); simulación pensional (fls. 25 a 26); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 27 a 37 y 118 a 129); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 52); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 109); formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir (fl. 110); comunicados de prensa (fls. 111 a 112); encuesta de perfil de riesgo (fl. 116); certificado de afiliación expedido por la AFP Porvenir (fl. 117); historia válida para bono pensional (fls. 130 a 131); e interrogatorio de la parte demandante (Cd. a folio 145).



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 prestaciones, 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15202000025 01 16

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15202000025 01 21

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

15202000025 01 24

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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



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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante prestó sus servicios al Municipio de Fómeque entre el 1° de enero de 1989 al 18 de noviembre de 1990, y a favor de la Procuraduría General de la Nación entre el 23 de noviembre de 1990 al 31 de agosto de 1994, como se constata de la historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fl. 28), data esta última en la cual se encontraba cotizando a Cajanal, como así da cuenta el formulario de afiliación visible a folio 22, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 26 de agosto de 1994, según da cuenta la documental en mención; aunado a ello, el 30 de marzo de 2001, se afilió a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., conforme al legajo obrante a folio 110, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como así se certifica en la documental adosada a folio 117; supuestos



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

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 22), 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 a la fecha del traslado fue visitado por una promotora de la AFP Porvenir, quien le indicó que debía afiliarse al RAIS dado que el ISS y Cajanal serían liquidados, a más que le realizó una proyección según la cual ahorraría una cantidad de dinero que le permitiría percibir una mejor pensión, que resultaría de sus ahorros y sus rendimientos; que se le indicó que se podía pensionar de manera anticipada, y no recuera si le explicaron las diferencias entre ambos regímenes pensionales o sobre lo que sucedería



con sus aportes en caso de fallecer; que nunca se le habló de retracto y que no estuvo afiliado al ISS, sino a Cajanal. (Cd. a folio 145).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, contrario a lo indicado por la AFP Porvenir, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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.).

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, lo cual conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

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

Ahora, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de



HUMBERTO REY BARÓN, se adicionará la sentencia sobre este puntual aspecto.

Lo anterior, conforme al pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó:

«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»

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin



efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

15202000025 01 32

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir en la suma de \$600.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DORIS STELLA LEAL VANEGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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.

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

S E N T E N C I 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. 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»



DEMANDA: La señora DORIS STELLA LEAL VANEGAS solicita se declare que las demandadas no dieron información necesaria, suficiente con relación al traslado de fondo de pensión; se declare que Porvenir no estaba facultada para realizar el traslado sin haber suministrado la información completa; que Colpensiones nunca informó sobre los beneficios que perdería la demandante con el traslado; que se declare la nulidad del traslado al RAIS.

Como consecuencia de las declaraciones, solicita se condene a Porvenir a realizar los trámites de traslado de la actora a Colpensiones; que se trasladen los aportes, rendimientos, bono pensional y demás dineros generados a favor de Colpensiones; se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación de la actora; se reconozcan derechos ultra y extra petita y el pago de costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 2 a 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 13 de septiembre de 1961; que empezó a cotizar en 1982; que en el año 2000 se trasladó a Porvenir por parte del empleador Coviandes S.A.S; que el 25 de febrero de 2002 solicitó a Colpensiones su traslado a dicha administradora; que no fue efectuado el traslado al RPM; que siguió efectuando aportes a Porvenir; que nunca tuvo asesoría adecuada respecto al traslado de régimen; que asistió a las oficinas de Porvenir y allí le informaron que la pensión sería reconocida en un salario mínimo legal mensual vigente; que el 12 de octubre de 2018 solicitó nuevamente el traslado de régimen, tanto a Porvenir y Colpensiones.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado efectuado por la demandante es válido, y se efectuaron



cotizaciones en forma libre, espontánea y voluntaria. Como **Excepciones**, propuso las de 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, innominada o genérica (fl. 63).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la suscripción del formulario de afiliación concurrió en forma libre y voluntaria. Como medios **exceptivos**, propuso los de, prescripción, buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica (fl. 182).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 29 de abril de 2021, resolvió; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación; **absolvió** a Colpensiones y a Porvenir de las pretensiones incoadas por la demandante; **se abstuvo** de imponer condena costas; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de la parte actora.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..En tal sentido, en régimen de ahorro individual con solidaridad como lo está en estos momentos, ya tendría derecho a la garantía de pensión mínima, por cuanto se advierte que el capital que acumuló realmente no le alcanzaría para pensionarse y por tanto accedería a esta presupuesto, de la garantía de pensión mínima con 1150 semanas.

Observa el despacho que otra de las inquietudes es la pensión o la redención de un bono pensional, debe recordársele señora Doris, que el Decreto 1748 de 1995 en su artículo 20, que no tendría relación con la garantía de pensión mínima y no sería argumento para desconocer la garantía de pensión mínima, pero en gracia de discusión el artículo 20 de esta norma señala “se define como fecha de referencia la fecha más entre las siguientes a. la fecha en que el beneficiario del bono cumple 62 años si es hombre o 60 si es mujer”, estando la señora Doris a 4 meses de cumplir 60 años; y también se observa que



conforme el artículo 76 aplicable en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, señala "...".

...

Considera el despacho que los jueces no podemos ser ajenos a esta realidad, a estas situaciones particulares de los juicios y si bien, existía esa falencia de pronto ya entendible, de la señora Doris, considera el despacho que sería más perjudicial tanto para ella como sus beneficiarios y herederos, eventuales herederos, acceder al traslado de régimen pensional, por tanto, por lo brevemente expuesto, no se accederá al mismo. (56:47)..."

RECURSO DE APELACIÓN:

La **parte demandante**, solicita se revoque la sentencia, al considerar que solicita se revoque la sentencia, al considerar que a pesar de haberse remitido unas proyecciones de pensiones, no existe certeza frente a la proyección de Porvenir, al no existir claridad sobre la misma, ya que a pesar de contar la actora con la edad y con más de 1150 semanas para septiembre de 2018, Porvenir no la requirió, ni citó para que se adelantara la pensión de vejez, una vez cumplidos los requisitos legales; por lo tanto, la proyección que remitió Porvenir no da certeza que ella, vaya a reconocer la pensión en forma vitalicia, generándose una incertidumbre; respecto a los derechos herenciales, esto es una cuestión aceptada, porque la que trabajó para la pensión es la actora y que la disfrute en vida; el deseo de la actora es regresar a Colpensiones; que ninguna de las demandadas desvirtuó la información suministrada, asesoría y demás, porque en los fondos deben cumplir una labor social; que la carga de la prueba estaba en cabeza de las demandadas y ello no acaeció (1:00:45).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis: La apoderada de la parte **demandante**, reclama sea revocada la sentencia proferida, al considerar que, la simulación de la liquidación de la mesada



pensional sería equivalente al salario mínimo legal mensual vigente en los dos regímenes y no se generaba una desventaja a la actora; adicionalmente señala que, Porvenir no le informó a la actora que ya podía tramitar su pensión de vejez y recibir la mesada equivalente al valor ahorrado; que la actora en su declaración informó que una vez cumplió la edad para pensionarse asistió a la entidad y allí le informaron que no le reconocerían la prestación y consecuencia de ello, le devolverían el 70% del valor ahorrado; que accedió a solicitar su traslado a Porvenir, teniendo en cuenta su condición de subordinación respecto a su empleador; que no le fue brindada una asesoría adecuada para efectuar el traslado.

A su turno **Porvenir S.A.**, reclama sea confirmada la sentencia, al no encontrarse acreditado ningún vicio del consentimiento al efectuarse el cambio de régimen; que siempre se garantizó el derecho de retracto; que en el año 2000 cuando se efectuó el traslado, se brindó la asesoría en forma completa a la reclamante; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que, esto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; al permanecer la actora por más de 20 años se acredita el consentimiento informado a la reclamante.

La apoderada de **Colpensiones** solicita se confirme la decisión adoptada por el A quo, ya que el monto de la pensión en uno u otro régimen pensional equivaldría al salario mínimo legal mensual vigente; tampoco se encuentra acreditado la existencia de un vicio del consentimiento, al trasladarse en forma voluntaria y suscribir para ello el formulario correspondiente; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que el traslado de la demandante afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

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



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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 38, radicada ante Colpensiones el 12 de octubre de 2018 (fl. 40 Archivo 001. 11001 31 05 005 2019 00032 00).

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Doris Stella Leal Vanegas al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, 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, reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, (fl. 22); Copia de cédula de la demandante (fl. 27); Historia laboral consolidada expedida por Porvenir (fl. 32); Solicitud de traslado presentado a Colpensiones el 12 de octubre de



2018 (fl. 38); derecho de petición incoado ante Porvenir S.A., (fl. 40); proyección de pensión en el RPM (fl. 221); simulación pensional realizada por Porvenir (fl. 271); Historia laboral consolidada expedida por Porvenir (fl. 275); Relación de aportes (fl. 282).

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una



posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*
En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben



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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

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

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de junio de 1985 hasta el 30 de septiembre de 2004, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo (Archivo 002. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO – Documento GRP.SCH.HL-2016_14164946-20161205030840), para luego trasladarse a la AFP



Porvenir S.A., en enero de 2001 y 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 al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al precisar que, se encontraba laborando en una empresa y esta la trasladó en el año 2000 a Porvenir.

Por otro lado, indicó que no se le informó que, en caso de no cumplir con el capital necesario para pensionarse, debía tener cotizadas 1150, correspondientes a la pensión de garantía mínima; tampoco le indicaron que pasaría en caso de que falleciera y lo poco que sabe es por lo que ha leído. Adicionalmente, anunció que en la historia laboral aportada por Porvenir, no se veían reflejadas un promedio de 300 semanas cotizadas a Colpensiones y reitera su pleno convencimiento que los aportes fueron realizados por el salario mínimo y consecuencia de ello, su pensión podría equivaler a dicho monto.

Colofón de lo anterior, que al momento de acercarse a Porvenir a solicitar la pensión, le informaron que esta sería reconocida solo hasta que cumpliera 62 años, ya que solo se podría redimir el bono pensional hasta dicha época.



Esta Colegiatura tiene claro, de acuerdo a la declaración rendida por la actora, en su interrogatorio de parte que, su pensión será equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, sin embargo, ello no es óbice para que deje de lado su deseo de regresar al RPM, al considerar que, fue engañada, al no indicársele frente a los requisitos para obtener la pensión y estando ad portas de cumplir los 60 años, dicho beneficio prestacional no ha sido reconocido por Porvenir S.A., ni se le ha informado sobre el trámite de la pensión de garantía mínima.

Ahora bien, el juez de conocimiento ordenó de oficio a Colpensiones y a Porvenir S.A., realizar una proyección pensional, conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 3 Decreto 2071 del 2015 y conforme a ello, las entidades estimaron que la prestación económica, se itera, correspondería al salario mínimo, sin embargo, Porvenir, como lo señaló la apoderada en su recurso, no aseguró que se realizarían los trámites tendientes a reconocer la pensión.

Por otro lado, si bien la actora no tiene mayor información sobre la posibilidad de sustituir la pensión, en caso de que esta falleciera, lo cierto es que, de acuerdo a lo dicho en su declaración, tiene afiliados a sus padres al sistema como sus beneficiarios y en el Régimen de Prima Media, también se puede reconocer la prestación a favor de sus progenitores, sin que sea aceptado, tampoco este argumento, para negar la ineficacia reclamada.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 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, debe reprochar la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se itera, lo reclamado es la ineficacia del traslado, ante la ausencia de información por parte de la administradora de Pensiones Porvenir, al momento de efectuarse el traslado de régimen al no informársele sobre las modalidades de pensión que existe en el RAIS; ni la posibilidad de reconocer la prestación a sus beneficiarios; así como la fecha en que podría redimirse el bono pensional; por lo que, se encuentra acreditada 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 al declararse la ineficacia del traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A., se condenará a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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, por que los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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



En tal virtud, la Sala considera preciso, ordenar que la AFP PORVENIR S.A., traslade a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales en el evento en que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, dada la ineficacia del mismo, debiendo indexar dichas sumas de dinero, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora (sentencia SL4360 de 2019 y sentencia SL4811 de 2020).

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.

COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 29 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **DORIS STELLA LEAL VANEGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**



SEGUNDO. DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** realizado por **DORIS STELLA LEAL VANEGAS** del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados.

CUARTO. ORDENAR a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

QUINTO. ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en los ordinales anteriores, reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

SEXTO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dado el resultado de la alzada.



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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. a favor de la demandante, DORIS STELLA LEAL VANEGAS en la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is placed above the printed name.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIA SOLEDAD HERNÁNDEZ GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 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»



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Jorge Andrés Narváez Ramírez** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.020.819.595 y tarjeta profesional 345.374 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARIA SOLEDAD HERNÁNDEZ GÓMEZ solicita se declare la nulidad de la afiliación realizada a la AFP Porvenir el 23 de enero de 2001; que se puede afiliarse a Colpensiones. Como consecuencia de las declaraciones, solicita se condene a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada; a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a liberar a la actora; que Porvenir debe devolver todos los aportes, bonos pensionales y demás; al pago de costas y gastos procesales; a los derechos conforme a las facultades *ultra y extra petita*.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 26 de octubre de 1963; que empezó a laborar el 15 de abril de 1993 y se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales; que el 23 de enero de 2001 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A.; que el asesor de Porvenir le informó que el ISS iba a ser liquidado y sus aportes se encontrarían en riesgo; que le ofrecieron para trasladarse beneficios, en el monto de la mesada



pensional, asegurándole que esta sería más alta; que no fue informada que necesitaba un capital alto para pensionarse, ni que límite en que podía devolverse a Colpensiones; que suscribió el formulario de afiliación, pero no le fue brindada la información suficiente; que la pensión a reconocer en el RPM sería más alta que en el RAIS; que solicitó su traslado a Colpensiones en junio de 2019, la cual fue resuelta en forma desfavorable; que el 8 de mayo de 2019 presentó solicitud de nulidad de afiliación al RAIS.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la afiliación efectuada al RAIS cuenta con validez, al no demostrarse ningún vicio del consentimiento. **Excepciones:** Propuso las de 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, innominada o genérica (fl. 85).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y por ello no hay lugar a que se libere de la base de datos a la actora. **Excepciones:** Propuso los medios exceptivos de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe (fl. 146).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 13 de mayo de 2021, resolvió; **absolver** a las demandadas



de la totalidad de las pretensiones incoadas por la actora; **declaró** probada las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y falta de causa para pedir, propuestas por Colpensiones; **condenó** en costas a la demandante; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de la parte actora.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Aplicando el parámetro jurisprudencial en el caso que se analiza, no se encuentra acreditado en el expediente, circunstancias que permitan concluir que la señora Hernández Gómez contó con la ilustración suficiente por parte de Porvenir, que le hubiese permitido adoptar la decisión informada, del traslado de régimen previamente, la realización de su análisis intelectual comparando pros y contras de la afiliación.

En efecto se evaluó el acervo probatorio y Porvenir no demuestra haber brindado información suficiente, veraz, precisa y detallada frente a las implicaciones del traslado del régimen, circunstancia que constituye una omisión en su deber de información...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La **parte demandante**, solicita se revoque la sentencia, al considerar que a la actora no se le brindó la adecuada asesoría; que el motivo por el cual se negó la ineficacia de la demanda, es el posible monto de la pensión, las liquidaciones que se aporten no pueden ser oponibles a terceros; que a pesar del caudal probatorio, no se tuvo en cuenta que la carga de la prueba la tenía Porvenir ni tampoco lo dicho por la actora en el interrogatorio de parte; que no se cumplieron con los postulados jurisprudenciales; que en este tipo de proceso, no se exige un perito para establecer el monto de la pensión en uno u otro régimen para resolver en forma favorable las pretensiones; que no fueron aplicados los precedentes jurisprudenciales en forma idónea.



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: El apoderado de la **AFP PROVENIR S.A.**, solicita la conformación del fallo impugnado, en tanto que conforme lo dedujo el *a quo*, se cumplió con la carga probatoria por parte de la sociedad llamada a juicio, encaminada a demostrar que existió un consentimiento informado, libre y voluntario por parte de la demandante. Agrega que a través del interrogatorio de parte rendido por la demandante se evidenció que es abogada y que cuenta con postgrado en derecho procesal, por lo cual es evidente que no es un afiliado lego, por cuanto contaba con conocimientos previos a la suscripción del formulario de traslado de régimen pensional. Añade que debe tenerse en cuenta que durante su vinculación como afiliada a la AFP demandada, la actora contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Señala que el artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, que estuvo vigente hasta su modificación por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, señalaba que los afiliados al Sistema General de Pensiones podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial; en todo el tiempo de vigencia de esa disposición la demandante guardó silencio, como lo hizo después de que ese término se elevó a diez (10) años, de conformidad con lo dispuesto por el citado artículo 2. Refiere igualmente que, la demandante, quien es la mayor interesada en su situación pensional,



actuó de forma poco diligente frente al traslado realizado y solamente después de muchos años mostró un inusitado interés por su situación pensional.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la concurrencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), acotando que nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la A.F.P. Porvenir S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Añade que, el mismo artículo 271 de la Ley 100 de 1993, señala que 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 general social integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, empero para el caso objeto de estudio debe tenerse en cuenta que el 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 20 años.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 34, radicada ante Colpensiones el 18 de junio de 2019 y resuelta en forma desfavorable por la entidad (fl. 34 y 36 archivo 1. 2019-00460-00).

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandante, en el recurso de apelación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por María Soledad Hernández Gómez al régimen de ahorro individual administrado por 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 cédula de la demandante (fl. 32); registro civil de nacimiento de la actora (fl. 33); reclamación administrativa presentada ante



Colpensiones el 18 de junio de 2019 (fl. 34); respuesta de Colpensiones a la reclamación administrativa (fl. 36); reclamación administrativa presentada ante Porvenir (fl. 39); respuesta de Porvenir ante reclamación (fl. 41); formulario de afiliación ante suscrito ante Horizonte el 23 de enero de 2001 (fl. 45, 171); certificación de afiliación a Porvenir (fl. 46); resumen de cuenta individual de ahorro pensional (fl. 47); extracto del fondo de pensiones (fl. 49); historia laboral consolidada (fl. 54, 241); informe de movimientos con rendimientos (fl. 67); certificado de Asofondos - SIAFP (fl. 172); Certificado de saldo de la cuenta de la actora (fl. 176); relación histórica de movimientos a Porvenir (fl. 177); relación de aportes expedido por Porvenir (fl. 204); certificado expedido por Porvenir (fl. 228); detalle de aportes expedido por Porvenir (fl. 229); resumen de historia laboral (fl. 230).

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

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de



informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

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

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

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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de



Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo



que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*
En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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



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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de abril de 1993 hasta el 28 de febrero de 2001, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo (GRP-SCH-HL-6655444333221_1570-20190809105433), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 23 de enero de 2001 y 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al precisar que, el asesor de dicha época de Horizonte, le dio una asesoría breve y con lo indicado procedió a hacer el traslado de fondo; que la enunciada reunión no duró más de 10 minutos; que en la misma le informaron que, *“básicamente, me dijeron que iba a tener una oportunidad de pensión más alta de la que tenía en ese momento, que contaba con beneficios, ventajas, sin limitaciones y sin restricciones”*.

El traslado lo efectuó al indicársele que *“...el Instituto de los Seguros Sociales se iba a terminar, y que esos beneficios me llevaban a tener una pensión más alta, que*



adicionalmente si podía desearlo podía hacer el retiro anticipado; que tenía la oportunidad de que mis herederos pudieran recibir esa pensión posteriormente a mi muerte, y que tenían beneficios, ventajas sin limitaciones y sin restricciones”.

No le fue informado sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios; que no conocía cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RPM y que suscribió el formulario de afiliación ante los “*beneficios, las ventajas, sin limitaciones, sin restricciones y con la pensión más alta. Si, voluntariamente*”; *sin embargo, “Hace cinco años. Me dirigí a las oficinas de porvenir, para identificar e mi estado e futuro de la pensión. Encontré que toda aquella, aquellos beneficios, ventajas, sin limitación y sin restricción; no eran así, no tenía la oportunidad de adquirir un pensión anticipada. Mis herederos no iban a tener e ningún beneficio después de mi muerte, y claramente lo que iba a recibir de pensión no era para nada... y quede muy sorprendida”.*

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 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, debe reprochar la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se itera, lo reclamado es la ineficacia del traslado, ante la ausencia de información por parte de la administradora de Pensiones Porvenir, al momento de efectuarse el traslado de régimen al no informársele sobre las modalidades de pensión que existe en el RAIS; la posibilidad de realizar aportes voluntarios; por lo que, se encuentra acreditada 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 al declararse la ineficacia del traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A., se condenará a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas



de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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, por que los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, ordenar que la AFP PORVENIR S.A., traslade a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales en el evento en que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro



individual del demandante, dada la ineficacia del mismo, debiendo indexar dichas sumas de dinero, por el período en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora (sentencia SL4360 de 2019 y sentencia SL4811 de 2020).

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.

COSTAS.

Sin costas en la alzada. Las de primera instancia se revocan y por tanto, el juez de conocimiento deberá fijar fijadas a cargo de la parte demandada Porvenir S.A.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 13 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA SOLEDAD HERNÁNDEZ GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**



COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

SEGUNDO. DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** realizado por **MARÍA SOLEDAD HERNÁNDEZ GÓMEZ** del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados.

CUARTO. ORDENAR a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

QUINTO. ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en los ordinales anteriores, reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

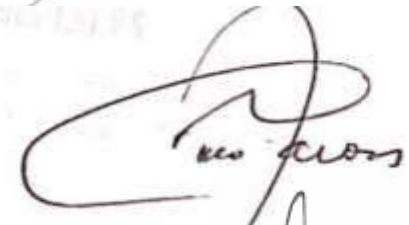
SEXTO. COSTAS. En esta segunda sin lugar a costas. Las de primera instancia estarán a cargo de Porvenir S.A.



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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



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-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is positioned above the printed name.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLAUDIA ALEJANDRA LEÓN MARTÍNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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»



AUTO

Conforme al poder incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a Oriana Espitia García identificada con cédula de ciudadanía No. 1.034.305.197 de Bogotá D.C., y tarjeta profesional 291.494 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones.

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

SENTENCIA

DEMANDA: La señora CLAUDIA ALEJANDRA LEÓN MARTÍNEZ solicita como pretensiones principales, se declare la ineficacia de la afiliación del traslado efectuado a Porvenir S.A.; que debe ser recibida por Colpensiones a partir de la ejecutoria de la sentencia; se ordene a la AFP Porvenir a enviar al RPM los recursos y demás conceptos relacionados en pensiones obligatorias que se encuentre en su poder; se ordene a Colpensiones a aceptar a la actora nuevamente en el RPM; que en caso de reconocerse la pensión de vejez o invalidez o sobrevivientes a sus familiares, se ordene a Porvenir a remitir a Colpensiones la totalidad de los recursos de la actora; se ordene el pago de costa y gastos del proceso.

Como pretensiones subsidiarias reclama la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS; que la actora tiene derecho a ser recibida al RPM a partir de la ejecutoria de la sentencia; que Porvenir debe transferir los aportes y demás emolumentos que la demandante posea en dicha



entidad; que en caso de reconocerse la pensión de vejez o invalidez o sobrevivientes a sus familiares, se ordene a Porvenir a remitir a Colpensiones la totalidad de los recursos de la actora; se reconozcan y paguen las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 10 a 14 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 1 de septiembre de 1967; que el 29 de enero de 2019 solicitó a Porvenir su traslado a Colpensiones; que el 4 de febrero de 2019 Porvenir resuelve su pedimento en forma desfavorable; que el 6 de febrero de 2019 solicitó su traslado a Colpensiones, pero el 11 de febrero de la misma anualidad la entidad resolvió negativamente la petición; que estuvo afiliada al RPM desde 1989 con LA Caja de Previsión Social del Huila; que se afilió a Porvenir el 21 de noviembre de 1997; que el 15 de marzo del año 2000 se trasladó a Colpatria; que el asesor, en el año de 1997 le informó que el ISS se acabaría, que los trámites eran más largos y que se podían realizar aportes voluntarios en el RAIS; que no fue informada sobre los las características de cada régimen pensional; que solo le fue suministrada copia del formulario de afiliación; que cuenta con aportes por valor de \$106.765.158.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el libelo demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no se encontraba acreditado que, a la actora se le hubiera hecho incurrir en error o exista algún vicio del consentimiento, ni inconformidad alguna frente a su traslado. Como **Excepciones**, propuso las de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas



en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (fl. 128).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el traslado fue efectuado por la demandante en forma libre, voluntaria y espontánea. Como medios **exceptivos**, propuso las de, prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 173).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2021, resolvió; **declaró** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante a la AFP Colpatria hoy Porvenir; **declaró** como aseguradora de la actora a Colpensiones; **ordenó** a Porvenir transferir las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos de la actora a Colpensiones; **condenó** en costas a las administradoras de pensiones; **ordenó** la consulta de la providencia en favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Ahora tal como quedó sentado en precedencia antes de surtirse el traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado o afiliada la información suficiente, sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, en este caso Claudia Alexandra León Martínez; sin embargo en el expediente no hay un medio de convicción que demuestre el cumplimiento de esta obligación, pues lo único que tenemos son los dos formularios de afiliación a porvenir y a Colpatria, y esos formularios es cierto, acreditan el consentimiento de la



trabajadora, pero no que este fuese informado a la luz del artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993 en armonía con el artículo 13 literal B al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993.

Así pues que conforme a lo dispuesto en dicha normatividad que ha sido interpretada por intermedio de la Corte Suprema de Justicia, a través de la línea jurisprudencial pacífica ya referida anteriormente, no podrá predicarse la existencia del consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones de la señora Claudia Alexandra León Martínez, ya que este no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el sistema de seguridad Social y a la regla de libertad de escogencia del sistema la cual estará sujeta a la comprobación de que existió libertad informada, una decisión documentada, precedidas de las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales, tales como el monto de la pensión en cada uno de los regímenes que se proyecte...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo emitido, al considerar que, no se coligen los presupuestos legales y jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado, ya que la actora se afilió en forma voluntaria al RAIS; que a la fecha de solicitud de traslado la actora se encontraba inmersa en una prohibición legal para realizar dicho trámite; que no se encuentran acreditados los vicios del consentimiento; que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto se encuentra frente a una mera expectativa; que al no recibir información por parte de la AFP, era obligación de la actora de estar ilustrada frente a la escogencia del régimen pensional; que la decisión adoptada afecta la sostenibilidad financiera de la entidad; que no se encuentra de acuerdo con la imposición de condena en costas a cargo de la entidad, por no haber participado en el traslado efectuado por la demandante.

La **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la entidad, al considerar que para el año de 1997 brindó



información en forma clara y comprensible; que la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación, fue enterada de las características del RAIS; que no fue proyectado el monto de la mesada pensional, pues para dicha data, la actora le faltaban más de 20 años para pensionarse y más del 50% de aportes pensionales; que se encuentra acreditada la vocación de permanecer en el RAIS, máxime que ha permanecido por más de 20 años en este sistema; que la actora debió asesorarse antes de trasladarse de régimen y la cual no puede trasladarse a la entidad; que no se debió invertir la carga de la prueba, ya que es la demandante quien debe acreditar que no se le brindó la información idónea.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La demandada, **Colpensiones** solicitó se revocara la sentencia al estar la demandante inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM; tampoco se encuentran acreditados los vicios del consentimiento y de ser afirmativa esta premisa la demandante debió alegarlos en el año 2001; que el fondo de pensiones no es quien tiene la carga de probar la existencia de los vicios del consentimiento; al no haberse cotizado al RPM, no puede beneficiarse del ahorro de los demás afiliados; solicita que el cumplimiento de la sentencia se ordene previo a la devolución de los aportes.

El apoderado de **Porvenir SA.**, reclama que la sentencia debe ser revocada, ya que, no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento al efectuarse el traslado de régimen, por tanto, la



afiliación efectuada es válida; que el formulario suscrito por la actora goza de la presunción de legalidad al no haberse tachado ni desconocido; que fue garantizado el derecho de retracto; que al trasladarse a Porvenir en el año 1997, se le brindó la información en forma completa y oportuna; que el hecho de permanecer en el sistema por más de 23 años, demuestran la intención de permanecer en el RAIS; que no se le pueden imponer cargas distintas a las existentes al momento de la afiliación; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las citadas en el artículo 113 de la Ley 100; que los gastos de administración y primas de seguros no financian la pensión de vejez.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 47 radicada ante Colpensiones el 6 de febrero de 2019 y de la cual la entidad emitió respuesta (fl. 39 y 42).

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



grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Claudia Alejandra León Martínez al régimen de ahorro individual administrado por 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, derecho de petición radicado en Porvenir el 29 de enero de 2019 (fl. 35, 206); respuesta de Porvenir al derecho de petición (fl. 37, 208); derecho de petición radicado en Colpensiones el 6 de febrero de 2019 (fl. 39); respuesta de Colpensiones al derecho de petición (fl. 42); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 44); respuesta de la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito Huila a derecho de petición incoado por la actora (fl. 55); certificación electrónica de tiempos laborados CETIL (fl. 56); cálculo de Ingreso Base de Liquidación (fl. 59); copia de diploma de grado de la Universidad de los Andes (fl. 70); copia de cédula de ciudadanía de la actora (fl. 71); formulario de afiliación a Porvenir suscrito el 21 de noviembre de 1997 (fl. 204); formulario de afiliación a Colpatria suscrito el 15 de marzo de 2000 (fl. 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 los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar



a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.
 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.
 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia
- En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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



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

Etapaa 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 permoneores 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o



aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.



Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y



oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de marzo de 1993 hasta el 27 de agosto de 1997, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente digital acopiado en el archivo 45, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 21 de noviembre de 1997 y posteriormente a Colpatria el 15 de marzo de 2020, entidad que se fusionó con Horizonte y a su turno, dicha AFP fue fusionada a Porvenir, fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 137 Archivo 01CuadernoPrincipal).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, debe precisar esta Colegiatura que, fue enfática la actora al señalar que, *“Según el formulario que adjunte al proceso, es de noviembre del año 97, tiempo, lugar, me encontraba en la Clínica Fundadores donde trabajaba y modo, el empleador, en este caso, sociedad médicos asociados nos dijo, tienen que ir a afiliarse a ese fondo de pensiones, que en ese momento era Porvenir, para hacer su afiliación al fondo de pensiones. Básicamente es ese el caso. Ellos nos tenían como amedrentados, digamos, sino hacíamos eso, pues perdíamos el trabajo”*

Los traslados realizados por la actora obedecieron a que *“Yo estuve en el año 96, estuve afiliada en Colpensiones y pasé a porvenir, en el año 2004, en marzo de Porvenir pasé a Skandia por presiones del empleador y del 25 de abril de 2007 tuve cambio de empleador, en el Banco de Bogotá, nos dijeron que teníamos que estar en Porvenir, en este momento estoy afiliada a Porvenir”* (Archivo 3110013105020201900688800 AUDIENCIA ARTÍCULO 77...), igual hecho ocurrió con el traslado efectuado en Colpatria, es decir, se vio presionada por su entonces empleador, de afiliarse a dicho fondo pensional, de no ser así, no se renovarían el contrato de trabajo o su vínculo sería modificado en forma desfavorable.



El asesor de Porvenir S.A, en oportunidad le indicó que “...nos han citado por intermedio de la empresa, Médicos Asociados, que debemos hacer la afiliación, digamos habla en malos términos, nos dice, el seguro social que era en ese momento que yo estaba afiliada, se va a acabar, su plata la va a perder, en cambio con nosotros tiene todo asegurado, pero el todo, no fue, en este momento yo me siento que fui engañada por ese señor...”, que al pensar que iba a perder el dinero de los aportes realizados en el extinto Instituto de Seguros Sociales, y no pensionarse nunca, decidió suscribir el formulario de afiliación ante el RAIS.

Por otro lado, informó que, en su oportunidad le indicaron que con sus aportes se abriría una cuenta de ahorro individual, pero no le informaron que podía realizar aportes voluntarios en los fondos de pensiones, ni tampoco que obtendría rendimientos financieros frente a dichos aportes.

A pesar de haber leído el formulario de afiliación a la hora de suscribirlo, no entendió en dicha oportunidad la información que allí reposaba; que se siente engañada, ya que no recibió la información adecuada y se vio presionada por su empleador para afiliarse a los fondos demandados.

A su turno, la señora, Claudia Constanza Fajardo Barrios, en calidad de testigo de la parte actora, informó ser pensionada por Porvenir y trabajó desde 1990 hasta el 2001 con Médicos Asociados; que la encargada de Recursos Humanos, les informó como trabajadoras que el Seguro Social se iba a acabar y por eso los iban a cambiar a Porvenir, que ningún asesor; el empleador solo pasó el formulario, lo diligenciaron y entregaron nuevamente.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 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. Aunado a lo anterior, tampoco se pasa inadvertido, que a pesar de que la apoderada de Porvenir reclama la inversión de la carga de la prueba en esta instancia, tal pedimento, no puede salir adelante, dado que, ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, frente a la imposibilidad de tal situación, ya que, quien tiene la obligación de demostrar que brindó la adecuada asesoría al afiliado son los fondos y no los afiliados al sistema de seguridad social.

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.



Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por Claudia Alejandra León Martínez, al fondo de Pensiones Porvenir S.A. efectuado en los años 1997 y 2000 (cuando se trasladó a Colpatria, que con posterioridad fue fusionada con Horizonte y esta a su turno con Porvenir S.A.), al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

Finalmente, deberá precisarse que, en el sub lite la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con más de 35 años de edad, ni tampoco contaba con 15 años de servicios.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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



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

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

(...)

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al grado jurisdiccional de consulta, indicar que, se deben trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.



Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Por último, resulta pertinente indicar que, al declararse la ineficacia del traslado, no se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, al no efectuarse las cotizaciones al RPM, sin embargo, deberá precisar esta Sala de Decisión 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. Luego entonces, en forma alguna se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Al proponerse con el escrito de contestación de demanda, de Colpensiones, la enunciada excepción, considera esta Sala de Decisión, pertinente indicar que de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.



Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en la alzada.

DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES

La parte demandada, COLPENSIONES en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

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

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



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

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CLAUDIA ALEJANDRA LEÓN MARTINEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en forma precedente.

SEGUNDO. COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir.

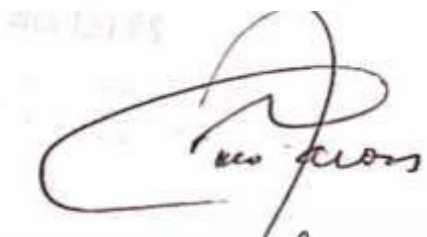
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes



por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, CLAUDIA ALEJANDRA LEÓN MARTÍNEZ en la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000).

A handwritten signature in red ink is positioned below the text. The signature is stylized and appears to read "Eduardo Carvajalino Contreras".

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is placed over the printed name.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



08201900754 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **EDILSA RINCÓN CASTIBLANCO** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



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. 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 otorgada por la Dra. María Camila Bedoya García.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Juanita Alexandra Silva Téllez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.023.967.067 y tarjeta profesional 334.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir S.A.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **EDILSA RINCÓN CASTIBLANCO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad, invalidez o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó el 15 de enero de 2007, a través de la AFP Porvenir; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir efectuar el traslado de los ahorros y rendimientos financieros que reposen en su



cuenta de ahorro individual a Colpensiones, al igual que el traslado de la información en que detalla el reporte de semanas cotizadas; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 5 y 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 9 del informativo, que en síntesis indican que, nació el 20 de septiembre de 1967; que se afilió a Cajanal el 20 de octubre de 1987, y posteriormente, al otrora ISS desde el 20 de febrero de 1991; que una vez inició a trabajar en el sector privado, la jefe de personal de su empleador le comentó que todos los empleados se encontraban afiliados a la misma administradora, por lo que para facilitar los pagos parafiscales, le aconsejó que se vinculara a la misma. Agrega que cuando llegó el funcionario de la AFP Porvenir, este nunca le advirtió sobre el traslado de régimen pensional, ni sobre las consecuencias que esta afiliación le acarrearía. Que no le fueron explicadas las ventajas y desventajas de cada régimen, ni recibió la información clara, precisa y comprensible sobre el trámite que estaba realizando. Indica que en todo caso, se trasladó al RAIS el 15 de enero de 2007; que solicitó ante la AFP Porvenir la nulidad de su afiliación, cuya copia fue radicada ante Colpensiones y la Superintendencia Financiera de Colombia, frente a lo cual recibió respuesta de las demandadas negando sus peticiones. Que se presenta una diferencia entre la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen.

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 realizado por la parte actora a la AFP se presume efectuado en ejercicio del derecho a la libre escogencia consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, e igualmente, es plenamente válido, motivo por el cual la afirmación de la existencia de un vicio en el consentimiento, la falta de información necesaria y la ineficacia acaecida en el trámite de traslado, debe probarse en el desarrollo del proceso judicial, acotando que solo hasta que ello sea declarado por el juez de la causa, cumplirá la obligación de recibir y activar la afiliación de la convocante sin solución de continuidad. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones. (fls. 157 a 164).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la demandante al suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea, completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP con la información suficiente y necesaria para entender la condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Añade que, ante la eventual existencia de un vicio del consentimiento, le competía a la demandante acreditar los supuestos en que se funda, los cuales no se logran evidenciar a través de las pruebas documentales por ella aportadas. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción,



prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 103 a 125).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 8 de julio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de la actora realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 15 de enero de 2007, a través de la AFP Porvenir S.A.; **condenar** a Colpensiones admitir el traslado de la accionante; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado; **condenar** a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir S.A. que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en su historia laboral; **sin condena** en contra de Colpensiones. (Cd. a folio 175).

Lo anterior por considerar el A quo que, la demandante al 1º de abril de 1994 no cuenta con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para retornar el RPM en cualquier tiempo; sumando a ello que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la



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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, para el año 2007 únicamente se exigía a las administradoras de pensiones la obligación de suscribir el formulario de afiliación por parte del futuro afiliado, sin que se debiera documentar la asesoría dada al momento del traslado. Agrega que aun cuando la sentenciadora de primera instancia acepta que el cumplimiento del deber de información se puede acreditar a través de cualquier medio probatorio, en el *examine* no es posible allegar otro tipo de prueba, toda vez que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó hace casi 14 años, circunstancia que implica que la AFP no cuente a lo menos con la información del asesor de la época. Refiere que no efectuó el *a quo* una adecuada valoración del interrogatorio rendido por la convocante, toda vez que de su dicho se extrae que su motivación para trasladarse se sustentó en la creencia



que el ISS y Porvenir pertenecían al Régimen de Prima Media, porque así se lo refirió el asesor de la AFP, pese a que laboró para el otrora ISS por casi 10 años, circunstancia que le permitía entender que Porvenir no pertenecía al régimen público de pensiones, pues para tal época se expidió la Ley 100 de 1993, y bien pudo conocer no solo la existencia de los dos regímenes pensionales, sino también la naturaleza privada de Porvenir, información que además, era de público conocimiento gracias al boom de los fondos privados de pensiones, quedando con ello sin sustento una de las razones aducidas por la actora para efectuar su traslado al RAIS.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el deber de información exigido para la fecha del traslado no implicaba asesoría respecto de los dos regímenes pensionales, ni tampoco el alcance que se le dio por el Despacho, a más que, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hace alusión a la información libre y voluntaria, pero de ninguna manera fija obligaciones a cargo de las AFP en materia de información, como tampoco lo hicieron los decretos reglamentarios, en específico los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994. Agrega que el desarrollo del deber de información, surge con el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 2071 de 2015, al igual que con la Ley 1748 de similar año, normas que no se encontraban vigentes a la fecha del traslado, por manera que no es aceptable exigir a Porvenir obligaciones que aun no habían cobrado vigor. Señala que lo previsto en la Ley 100 de 1993, en su artículo 271, tiene un carácter eminentemente sancionatorio, sin prever ningún



derecho sustancial, amén que la demandante sí tuvo información relacionada con el acto jurídico celebrado, pues laboraba para el ISS y por ende conocía su naturaleza pública; además, suscribió el formulario de afiliación que no fue desconocido ni tachado de falso, no siendo de recibo las afirmaciones expuestas en el interrogatorio de parte. Agrega que, el escrito de demanda no contiene ninguna negación indefinida, por manera que no es procedente la inversión de la carga de la prueba, ni reclamar ninguna responsabilidad probatoria ante la AFP. Añade que en todo caso, sí se encuentra demostrado, a través del formulario de afiliación que a la accionante se le asesoró respecto del bono, la financiación de la pensión, los requisitos para acceder a la pensión y el derecho al retractor. Solicita la revocatoria de la condena impuesta en relación con los gastos de administración y sumas previsionales para invalidez y sobrevivencia, al considerar que no hacen parte de las restituciones mutuas, sumado a que resulta contradictorio considerar ante la ineficacia del traslado, que dicho acto pierde todos sus efectos, pero a su vez se ordene trasladar a Colpensiones los rendimientos obtenidos por la debida administración de la AFP, lo cual desconoce la gestión de la AFP y el hecho que tales frutos no se hubieran generado en el RPM. Adiciona que la deducción de los gastos de administración se encuentra amparada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales, en todo caso, también se hubieren descontado en el RPM, amén que la demandante ha estado cubierta frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante toda su afiliación. Concluye indicado que los gastos en mención no están llamados a financiar la pensión, a más que sí se encuentran afectados por fenómeno de la prescripción.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: El apoderado de la parte actora solicita la confirmación del fallo impugnado, aduciendo que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., no dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional a la activa, afectando sus derechos prestacionales; no obrando de conformidad con el principio de eficiencia que erige al Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal a) del artículo 2 y la escogencia libre y voluntaria del régimen pensional de conformidad con el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, que remite al artículo 271 de la misma normatividad.

Parte demandada: La apoderada de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, por cuanto que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho



documento prueba de la libertad de afiliación. Asimismo, considera que el Juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Aduce que la orden respecto de la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP convocadas es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con



destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, a la demandante se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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



Ley 712 de 2001, se evidencia su cumplimiento, a través de la solicitud obrante a folio 52 de las diligencias.

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 EDILSA RINCÓN CASTIBLANCO, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 30); declaración extra juicio rendida por la actora (fls. 31 a 32); certificados de información laboral (fls. 33 a 37); historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 38 a 42); formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fls. 43 y 126);



solicitudes elevadas ante las demandadas y la Superintendencia Financiera y sus respuestas (fls. 44 a 61); historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 62 a 65 y 130 a 144); historia laboral válida para bono pensional (fls. 66 a 72 y 145 a 149); proyección pensional (fl. 73); historial de vinculaciones SIAF-ASOFONDOS (fls. 127 a 128); certificación de afiliación emitida por la AFP Porvenir (fl. 129); comunicaciones emitidas por la AFP (fls. 150 a 154); expediente administrativo allegado Colpensiones (Cd. a folio 167) e interrogatorio de la parte demandante (Cd. a folio 173).

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

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de



informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

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

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

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



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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida



diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

08201900754 01 24

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

08201900754 01 25

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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



hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada a Cajanal desde el 20 de octubre de 1987 hasta el 17 de febrero de 1991 (fl. 33); además se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de febrero de 1991 hasta el 28 de febrero de 2007, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 38 a 42, para luego trasladarse a la AFP Porvenir el 15 de enero de 2007 (fl. 43); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación vista a folio 129; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 43), 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 a la fecha en que se afilió a la AFP Porvenir un funcionario de dicha sociedad la visitó a su oficina para que se afiliara a la citada, pero no le explicó que ello implicaba un traslado de régimen, a más que ella no conocía la existencia de dos regímenes pensionales, en tanto pensaba que el ISS y la AFP eran lo mismo; que su profesión es diseño de interiores; que el asesor de la AFP llamada a juicio no le explicó los cambios, ni que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual y le dijo que era lo mismo que el ISS. Adiciona que para el 2007 sabía que en el RPM debía cumplir 50 años y sus semanas de cotización para pensionarse, que el promotor de la AFP tampoco le indicó que sus cotizaciones reportarían unos rendimientos financieros, ni que podía retractarse de su traslado. Que se trasladó a Porvenir porque en la empresa donde empezó a trabajar, todos los empelados estaban afiliados a dicha sociedad y que tampoco se le dijo que podía regresar al RPM. Aduce que lo único que entendió es que iba a recibir una “*prima media*” equivalente a su salario de \$1.200.000 o \$1.500.000, como en el ISS (Cd. a folio 215).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe



la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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 y mucho menos que hubiere prestado sus servicios al ISS, en un cargo que en todo caso no fue indagado en el *examine*; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen, 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, contrario a lo afirmado por las demandadas, 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, siendo oportuno advertir además, que se equivoca Porvenir en referir que la actora no planteó ninguna negación indefinida en la demanda, pues a lo largo de los distintos hechos en ella planteados, refirió que nunca recibió por parte de la citada información clara, precisa comprensible sobre el traslado efectuado (fl. 7).

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues en virtud de esta se entiende que el acto jurídico nunca existió, a más que esas deducciones se encuentran soportadas en la ley, no hacen parte de la pensión de la afiliada y están sometidas al fenómeno de la prescripción.



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

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

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

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si



tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

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

En lo referente a la prescripción en torno tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).



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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 8 de julio 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **EDILSA RINCÓN CASTIBLANCO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

08201900754 01 35

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **BLANCA MYRIAM CHÁVEZ RUSINQUE** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **BLANCA MYRIAM CHÁVEZ RUSINQUE** a través de apoderada judicial, pretende se declare que la AFP Porvenir engañó y asaltó su buena fe para que se vinculara a dicha sociedad; e igualmente, se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó a través de la citada; en consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones, los aportes de su cuenta de ahorro individual; condenar a Colpensiones a aceptar su traslado y expedir una historia laboral teniendo en cuenta todos los períodos aportados a la AFP Porvenir; autorizarla a pagar cualquier diferencia que pueda existir entre lo cotizado en el RAIS y en el RPM. (folio 8 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 1 a 3 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que, nació el 26 de enero de 1966; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 12 de enero de 1984; que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir en el mes de noviembre de 1997; que el asesor de la



sociedad en mención le proporcionó información falsa e incompleta, faltando al deber de información y buena fe, en tanto le indicó que el ISS sería liquidado y que no tendría dinero para solventar las pensiones de sus afiliados, hecho que estaba generando el traslado de estos hacia los fondos privados. Agrega que el asesor de la AFP convocada omitió explicarle que en el RAIS los afiliados asumen el riesgo financiero de las variaciones en la rentabilidad de sus ahorros y que ello afectaría de manera directa el capital disponible al momento de solicitar su pensión; que nunca se le explicó cuál era el monto mínimo del capital que debía tener ahorrado para acceder a la prestación de vejez, faltando así al deber legal que tiene de proporcionarle información clara y precisa sobre las consecuencias de hacer un traslado de régimen, a fin de tomar una decisión libre y espontánea. Que solicitó ante las demandadas su traslado con destino a Colpensiones, petición que fue resuelta de manera desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la parte actora no probó que la afiliación a la AFP Porvenir sea nula o ineficaz como lo manifiesta en la demanda, acotando que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia, por manera que no procede la ineficacia del traslado, ni el regreso automático de la parte actora al RAIS. Añade que la convocante al 1º de abril de 1994, no acredita 15 años de servicios cotizados, por manera que no puede retornar a Colpensiones, ante la ausencia clara de requisitos legales y



jurisprudenciales para el efecto, esto es, los definidos en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, máxime que se encuentra a 10 años o menos de completar la edad mínima de pensión.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó 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 Administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la genérica. (archivo 007 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la demandante al fondo de pensiones administrado por la AFP Colpatria hoy Porvenir fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 005412, en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS. Aduce que su permanencia en el RAIS durante 23 años, ha sido producto de su voluntad, de su complacencia con el mismo, y su expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones de tal régimen, a más que jamás expresó inconformidad alguna por ausencia



de información, o solicitó su traslado al RPM, pese a tener amplios términos para el efecto. Refiere que no se presentó error en la calidad del objeto o en la persona, como lo señalan los artículos 1511 y 1512 del C.C., como para considerar la configuración de un vicio del consentimiento, el cual, en todo caso, estaría saneado conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 *ejusdem*. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 011 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021, resolvió **absolver** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte activa y **condenar** a la demandante en costas (archivo 024 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *Aquo* que, del dicho del testigo allegado por la parte actora, del cual no prospera la tacha propuesta, es claro que contrario a lo indicado en los hechos de la demanda, se informó a la actora sobre el alto riesgo que tenía el portafolio a ella ofrecido, al igual que su ahorro sería invertido en un fondo de pensiones, que le reportaría rentabilidad, dinero con el que se le pagaría su pensión; igualmente, que se le indicó que se podía pensionar a una edad anticipada, que podía hacer aportes voluntarios, como en efecto lo hizo y que ello implicaba un alto riesgo de inversión. Agrega que la propia demandante en su interrogatorio de parte, señaló haber



realizado aportes voluntarios para mejorar su pensión, que posteriormente fueron retirados. Concluyendo que la AFP demandada sí cumplió con el deber de información al momento en que la parte activa decidió trasladarse al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante **BLANCA MYRIAM CHÁVEZ RUSINQUE**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el Juzgado de Conocimiento al valorar el testimonio rendido por el señor Henry Rodríguez y el interrogatorio de la parte actora, desconoció el principio de integridad de la prueba, pues aunque mencionó que de acuerdo a estas declaraciones, se le explicó a la convocante el funcionamiento del RAIS de manera genérica, y que ésta conocía de su posibilidad de realizar aportes voluntarios, nada mencionó sobre el engaño al cual fue sometida, pues en ambas declaraciones se expresó de manera clara que al momento del traslado se le refirió por los asesores de la AFP convocada que el ISS sería liquidado y que no tenía otra opción que trasladarse al fondo privado, pues perdería su dinero y la posibilidad de pensionarse, siendo este el principal motivo para celebrar dicho acto jurídico, a más que se le hizo referencia a la posibilidad de participar en rifas y sorteos, siendo diáfano, a partir de la valoración integral de la prueba, que a la demandante se le hizo referencia a una información que contraría a la realidad, pese a que sí se le mencionó que para pensionarse debía realizar un ahorro y que tenía la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, como en efecto los realizó. Concluye indicado que la garantía de pensión mínima referida por el *a quo*, no



se reconoce a personas que son propietarias de bienes inmuebles, como es el caso de la parte activa, por manera que no es cierto que pueda acceder a una pensión, lo cual evidencia el perjuicio que le genera el traslado que efectuó al RAIS.

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 apoderada de la parte actora solicita la revocatoria del fallo impugnado, por cuanto la entidad demandada engañó a la convocante bajo el argumento que el ISS desaparecería y que no tenía sino el camino del traslado, lo que quedó probado con los argumentos del testigo HENRY y con el interrogatorio de parte de la señora MIRYAM. Agrega que la sentencia de primera instancia nada dijo de lo relatado por el testigo, en donde dejó claro que fueron objeto de engaños y de presión, ya que les manifestaron que se liquidaría el administrador del RPM y que perdían el dinero que allí cotizaron, amén que podían pensionarse de manera anticipada, e igualmente, les dieron la posibilidad de participar en juegos y rifas. Refiere que no probó la parte demandada la debida explicación a la convocante de los regímenes pensionales, o la presentación de proyecciones sobre la pensión que recibiría, como tampoco la entrega del reglamento de la entidad, el comparativo de los fondos con las respectivas ganancias, la explicación de las modalidades de pensión, ni el pacto de retracto.



Aduce que el extremo pasivo no probó que suministró una información adecuada al momento del cambio, por lo contrario, se limitó a decir que la actora había firmado el formulario de forma voluntaria, pese a que ya es conocido por la jurisprudencia que el traslado debe estar precedido de un consentimiento informado.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la confirmación de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la



parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro cerca de 25 años y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento con la documental visible a folios 25 a 34 archivo 001 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la



Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte activa, 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 BLANCA MYRIAM CHAVEZ RUSINQUE al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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. 40 archivo 001 del expediente digital); derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 25 a 34 archivo 001 del expediente digital); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 36 a 40 archivo 001 y 95 a 121 archivo 011 del expediente digital); derecho de petición elevado ante la AFP Porvenir S.A. (fls. 44 a 46 archivo 001 del expediente digital); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 72 a 73 archivo 011 del expediente digital); formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. (fl. 74 archivo 011 del expediente digital); comunicados de prensa (fls. 75 a 84 archivo 011 del expediente digital); comunicaciones emitidas por la AFP Porvenir (fls. 86 a 93 archivo 011 del expediente digital); certificación de estado de afiliación expedida por



la AFP Porvenir S.A. (fl. 94 archivo 011 del expediente digital); historia válida para bono pensional (fls. 122 a 127 archivo 011 del expediente digital); interrogatorio de la parte de la demandante y testimonio rendido por Henry Alirio Rodríguez Barrera (Cd. a folio 145).

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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



«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el párrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de



ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

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

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

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

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

31202000408 01 21

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que



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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, 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 10 de noviembre de 1986, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta el 2 de agosto de 1996, tal como se advierte de la historia laboral válida para bono pensional (fls. 125 a 126 archivo 011 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colpatria, cedida a Horizonte hoy Porvenir, el 5 de septiembre de 1995 (fl. 74 archivo 011 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en



pensiones, como da cuenta la certificación obrante a folio 94 archivo 011 del expediente digital; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 74 archivo 011 del expediente digital, contrario a lo considerado por la juez de primera instancia.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la demandante y el testimonio de Henry Alirio Rodríguez Barrera, este Juez Colegiado de segunda instancia, disímil a lo entendido por el *A quo*, no encuentra en sus declaraciones parámetros que permitan concluir un conocimiento si



quiera somero del régimen de ahorro individual para el momento del traslado inicial, adelantado por Colpatria S.A.

Denótese como fue clara la demandante en manifestar que la asesoría entregada se ciñó a una explicación general del RAIS, cuyos detalles afirmó no recordar; sumando a ello que, la asesora de la AFP fue reiterativa en afirmar que el fondo privado era lo que más le convenía, dado que el ISS sería liquidado y quedarían en riesgo sus aportes, por manera que era necesario efectuar su traslado para garantizar su bienestar, lo cual para la actora representó una presión psicológica, porque le asustó el hecho de la desaparición del ISS, que también se mencionaba en los medios de comunicación; que la asesora también le indicó que su vinculación a la AFP le permitiría participar en sorteos y en rifas; que no entendió muy bien por qué la promotora afirmó que su vinculación al RAIS le sería más favorable, acotando que no recuerda si le mencionaron las modalidades de pensión, qué necesitaba para pensionarse o qué sucedería con los aportes realizados al ISS; que efectuó aportes voluntarios junto con su ex esposo Henry Alirio Rodríguez a Skandia por corto tiempo para mejorar su pensión, posibilidad que le fue informada por el asesor de dicha sociedad. Que tampoco se le indicó qué sucedería con sus cotizaciones en caso de fallecer. (Archivo 20 del expediente digital).

En igual sentido, el testigo Henry Alirio Rodríguez Barrera, quien señaló ser el ex esposo de la convocante, afirmó que presenció su traslado al RAIS, dado que él también participó de la reunión en donde una asesora de la AFP convocada les habló sobre el nuevo régimen; que la promotora



les indico que el ISS sería liquidado, lo cual les implicaría la pérdida de sus aportes, pues nadie respondería por ellos, para lo cual les mostró un artículo de prensa. Agrega que se les indicó que la AFP garantizaría el pago de su pensión y que para ello debían ahorrar su dinero, el cual sería invertido para obtener unos rendimientos. Que en el ISS se pensionarían a una edad de 70 años, mientras que en la AFP lo sería a los 65 años para hombres y 57 años para mujeres; que en el fondo privado se pensionarían a una mejor edad y a un mejor monto, pero no se les informó cuánto debían ahorrar para pensionarse, ni se les efectuó ningún cálculo. Concluye indicando que él y su ex esposa efectuaron un ahorro de pensiones voluntario en Colfondos porque tenían liquidez para el efecto, no obstante, no se les explicó que esa inversión era de alto riesgo, por manera que el dinero fue retirado, cuando comenzaron a avizorar pérdidas. (Archivo 20 del expediente digital).

Alusiones que lejos de presentar un panorama global de las características, ventajas y desventajas del RAIS, únicamente se concentraron en referirle beneficios que indujeron el traslado de la convocante a ese sistema pensional. Máxime cuando, lo atinente a los aportes voluntarios en que tan enérgicamente se sustenta el *A quo* para determinar el entendimiento del sistema, fue informado, según el dicho de la actora, por parte del asesor de Skandia, sociedad que no ha seleccionado como administradora de su cuenta de ahorro individual, a más que ni la demandante, ni el testigo indicaron que ello fuera mencionado a la fecha en que tuvo lugar el traslado de aquélla; aspecto que por demás, continúa involucrando características benéficas del sistema, pero en manera alguna un análisis particular de la situación



pensional de CHAVEZ RUSINQUE, de cara a demostrar los posibles riesgos de su movilidad. Resaltándose que, tal y como se refiere en la alzada y lo menciona el testigo, a la actora se le suministraron datos que no se corresponden con la realidad, pues pese a que el ISS en efecto se liquidó como así se le advirtió, también se le refirió que la edad que se le exigiría en aquella entidad sería 70 años y que, ante la inminente liquidación de la misma, sus aportes se perderían y no encontrarían ningún respaldo.

Dimanando que el material probatorio allegado al informativo, no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, contrario a lo indicado por la sentenciadora de primera instancia, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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.

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 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».

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante, debido a la falta de información respecto de ésta, sin que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS surta algún efecto, teniendo entonces como única vinculación válida y que produce efectos jurídicos, la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los gastos de administración, atendiendo lo que al respecto ha definido la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«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»

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 LA PRESCRIPCIÓN

Las entidades convocadas a la acción ordinaria laboral elevaron como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad. Agregando PORVENIR S.A. que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles.



Empero, preciso es referir que para el *sub examine*, el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del Código Civil, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo se escapa de dicha naturaleza, y 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, relevándose del estudio de las demás excepciones propuestas.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de las administradoras PORVENIR S.A. y COLPENSIONES liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.



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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 5 de septiembre de 1995, por **BLANCA MYRIAM CHÁVEZ RUSINQUE** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **BLANCA MYRIAM CHÁVEZ RUSINQUE**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales y sin efectuar descuento por gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir nuevamente a **BLANCA MYRIAM CHÁVEZ RUSINQUE**, teniendo como semanas



efectivamente cotizadas por la demandante, todas aquellas que, en el periodo de ausencia por el acto nulo, logró cotizar.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el A-quo, para que en su lugar lo estén a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA CECILIA CRUZ ÁLVAREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.**, Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



A U T O

Conforme al poder incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a Andrés Zahir Carrillo Trujillo identificado con cédula de ciudadanía No. 1.082.915.789 de San Marta, y tarjeta profesional 267.746 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARTHA CECILIA CRUZ ÁLVAREZ solicita se declare la nulidad o ineficacia por vicios del consentimiento la vinculación a la AFP Protección S.A., al quebrantarse las disposiciones constitucionales y legales, incumpliendo su deber de información.

Como consecuencia de la nulidad o ineficacia se declare y condene a las entidades convocadas a juicio a reintegrar a favor de la demandante y con destino a Colpensiones el 100% de las comisiones facturadas y descontadas durante la vigencia del contrato, al igual que los recursos administrados al momento de quejar ejecutoriada la sentencia; que Colpensiones debe recibir los recursos provenientes de Protección S.A. y actualizar la historia laboral de la demandante; que Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez a la actora, una vez reciba los recursos y se encuentren acreditados los requisitos legales; y demás derechos ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.



Como pretensiones subsidiarias de primer nivel reclama se declare inaplicable el artículo 4 de la Constitución Nacional al realizarse el traslado de régimen con contraposición a las disposiciones constitucionales; que se le debe conceder a la actora el término de retracto y gestionar el traslado; que Protección debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de la actora; que se debe conceder la pensión de vejez una vez se cumplan los requisitos de edad y semanas de cotización, aplicando la favorabilidad y condición más beneficiosa y consecuencia de tales declaraciones, se condene a la devolución de aportes, a actualizar la historia laboral y pagar la pensión de vejez, una vez se cumplan los requisitos legales.

A su turno, también reclama como pretensiones subsidiarias de segundo nivel se declare civilmente responsable a la AFP Protección S.A., de los daños y perjuicios futuros que se le causaron a la demandante, mes a mes y hasta su fallecimiento, “*en el menor valor de la pensión de vejez que le corresponderá recibir a partir del reconocimiento de la pensión...*” en comparación con el monto de la pensión que le hubiere correspondido en el RPM y los perjuicios futuros a partir del 28 de noviembre de 2023 y hasta su fallecimiento; a pagar intereses de mora en el evento del impago de la indemnización por daños y perjuicios. Como condenas solicita el pago de los conceptos indicados en forma precedente.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 13 a 16 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 28 de noviembre de 1961; que prestó sus servicios a empresas privadas desde el año de 1978 al año de 1999 al RPM; que a partir del 1 de junio de 1999 se afilió a Protección; que la afiliación al RAIS no era conveniente para la actora ya que impediría se obtuviera una pensión en condiciones dignas y más “*favorables que las ofrecidas por la AFP*”



privada”; que no se suministró la información mínima y esencial para firmar el formulario de afiliación; que la actora debe seguir trabajando, después de cumplir con los 60 años de edad; que no fue informada sobre las consecuencias del traslado de régimen; que el 28 de agosto de 2008 solicitó el traslado a Colpensiones y posteriormente, la corrección de la historia laboral.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la actora no acreditó el cumplimiento de 15 años de servicios para el 1 de abril de 1994 y tampoco contaba con 35 años de edad, siendo improcedente su traslado. Como **Excepciones**, propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; imposibilidad del traslado; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional; error de derecho no vicia el consentimiento; presunción de legalidad de los actos jurídicos; buena fe de Colpensiones; prescripción; prescripción de la acción; enriquecimiento sin justa causa; innominada o genérica (fl. 91).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación es existente, válida y exenta de vicios del consentimiento, al suscribirse el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria. Como medios **exceptivos**, propuso las de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; innominada o genérica y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o



ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fl. 141).

Con auto del 12 de marzo de 2020 el juez de conocimiento ordenó la vinculación de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y consecuencia de ello, ordenó su notificación (fl. 204).

La sociedad **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, indicó no oponerse ni allanarse respecto a las pretensiones incoadas, al considerar que estas están dirigidas contra otra entidad y la afiliación con Skandia ocurrió desde el año 2013 hasta mayo de 2015. Como medios **exceptivos**, propuso las de, 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. 245).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 15 de junio de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante a Protección S.A. y el posterior traslado horizontal;



condenó a Protección, a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; **condenó** a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a Colpensiones las sumas descontadas a la demandante por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliada a la entidad; **condenó** a Colpensiones a tener como válidamente afiliada a la demandante, como si nunca se hubiere trasladado y a recibir todas las cotizaciones provenientes de Protección y Skandia; **condenó** a Colpensiones a pagar la pensión de vejez a partir de la desafiliación del sistema de seguridad social en 13 mesadas y reajustadas anualmente; **declaró** no probadas las excepciones; **condenó** a Protección a pagar las agencias en derecho y se abstuvo de imponer condena en costas a las demás demandadas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En consecuencia se ordenara a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección S.A la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la señora Martha Cecilia Cruz Álvarez, como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuota de administración, comisiones, aportes al fondo y la garantía de la pensión mínima; se ordenará igualmente a Skandia administradora de fondo de pensiones y cesantías que traslade a Colpensiones la sumas descontadas a la demandante por cuota de administración, comisiones y aporte a la garantía de la pensión mínima en caso de no haberlo hecho, por lo que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora al proceso del sistema general de pensiones durante su vida laboral deberán entenderse realizadas al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones

...

Teniendo en cuenta los anteriores requisitos encuentra esta falladora que la actora tiene derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, pues cumplió los 57 años exigidos el 28 de noviembre del 2018 pues como ya



se dijo nació el mismo día y mes del año 1971, como da cuenta la copia de su cédula visible a folio 32, y cuenta con las 1.300 semanas requerida como quiera que al revisar la historia laboral actualizada expedida por la administradora de fondos de pensiones cesantías Protección S.A, para la fecha en que la demandante cumplió los 57 años de edad cumplía con 1445 y actualmente cumple con 1.570.85 semanas, en consecuencia la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que aquí se declaró la ineficacia del traslado y se ordenó a Colpensiones que activara a la demandante en el régimen de prima media, es Colpensiones a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que aquí se está declarando” .

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, reclama se revoque la sentencia, al considerar que no se tuvieron en cuenta las obligaciones legales concedidas a la demandante en el Decreto 2241 de 2010 y ello, implica una responsabilidad objetiva de la actora; que la pensión de vejez reconocida no exonera a la actora del daño, que en el sub examine es la señora Cruz; que Colpensiones no puede ser afectada al ordenarse reconocerse una carga prestacional ya que esto afecta la estabilidad financiera del sistema.

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, solicita se revoque la sentencia en forma parcial y respecto a la condena de devolución de los gastos de administración, porque dicho rubro es parte de la facultad otorgada a los fondos de pensiones y se encuentran reglados por la Ley y que son disímiles en los regímenes pensionales; que no se encuentra acreditado un perjuicio a la demandante.

A su turno **SKANDIA**, solicita se revoque la sentencia en forma parcial y respecto al numeral tercero de la sentencia, en lo atinente a la devolución de los gastos de administración y los fondos de garantía de



pensión mínima, argumentando para tal efecto que, la entidad el 16 de julio de 2015 trasladó a Protección el valor correspondiente a cotización obligatoria, aportes en mora, cotización voluntaria de la empresa y demás emolumentos.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El **demandante**, considera que no tiene vocación de prosperidad los recursos incoados, ya que las AFP estaba obligada a suministrar información, clara, suficiente y objetiva respecto a los fondos de pensiones; que se debía probar y acreditar los vicios del consentimiento; que se deben trasladar todos los aportes de la demandante a Colpensiones.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que, la actora no hizo uso del derecho de retracto; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con la edad necesaria para registrar al RPM; que no se encuentran acreditados los vicios del consentimiento y tampoco fue alegada en el término de 4 años, por lo que, se encuentra saneada; que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ponderación y en desigualdad de las partes; con la declaratoria de ineficacia del traslado se afecta la sostenibilidad financiera del sistema; en caso de no revocarse la sentencia solicita se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración.



A su turno **Skandia Pensiones y Cesantías S.A.**, indicó que al momento de expedirse la Ley 100 de 1993 las AFP tenían un deber simple de información, pero no se indicó que debían dejar evidencia de ello; que se debe efectuar una ponderación respecto a las restituciones mutuas; que la entidad actuó de buena fe y administró en forma correcta la cuenta individual del afiliado; que se generaron rendimientos a favor de la actora y por ello no es procedente ordenar el reintegro de la comisión de administración.

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., solicita se revoque parcialmente la sentencia, en lo atinente a los gastos de administración, al tener este un contenido legal y al vulnerarse el debido proceso al haberse ordenado la devolución de tal emolumento, sin haberse discutido en el trámite procesal; los gastos de administración; de la prescripción señaló, que debía aplicarse este medio exceptivo

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 38, en la que se dio respuesta a la solicitud de traslado de régimen presentada por la parte actora en forma desfavorable.

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Martha Cecilia Cruz Álvarez al régimen de ahorro individual administrado por Colmena hoy Protección S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, 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, Registro Civil de Nacimiento de la demandante (fl. 33); copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 86, 165); reporte de semanas cotizadas a Colpensiones (fl. 35); respuesta a solicitud de traslado emitida por Colpensiones (fl. 38); formulario de solicitud de corrección de historia laboral radicada el 3 de septiembre de 2018 (fl. 39); derecho de petición elaborado a Protección (fl. 47); radicado de petición ante Protección (fl. 42); historia laboral emitida por Protección (fl. 43, 173); extracto de fondo de pensiones obligatorias Protección (fl. 51); tabla de proyección de pensión (fl. 56); calculo actuarial realizado a la actora (fl. 79); reporte de semanas cotizadas a Colpensiones (fl. 105); respuesta de Colpensiones a solicitud de actualización de datos – solicitud de corrección de historia laboral (fl. 110); certificación de afiliación emitido por Colpensiones (fl. 111); certificado SIAFP (fl. 140, 169); formulario de afiliación a Colmena de fecha 14 de mayo de 1999 (fl. 103); formulario de afiliación de Protección suscrito el 17 de mayo de 2015



(fl. 104); carta de validación de la asesoría (fl. 106); resumen de historia laboral (fl. 168); reporte de estado de cuenta al fondo de pensiones obligatorias (fl. 170); reglamento de Protección (fl. 179); respuesta de Protección S.A. a la petición (fl. 191); formulario de afiliación a Skandia suscrito el 14 de marzo de 2013 (fl. 281); certificado de afiliación emitido por Skandia (fl. 282); estado de cuenta emitido por Skandia (fl. 283), historia laboral actualizada por Protección (fl. 291, medio magnetofónico).

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

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las



características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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



organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

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

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

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

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

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

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

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



promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de agosto de 1978 al 31 de mayo de 1999, tal como se advierte de la historia laboral que obra a folio 105 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colmena el 14 de mayo de 1999, entidad que se



fusionó en el año 2000 con la AFP Santander, quien a su turno fue adquirida por la AFP ING, y posteriormente adquirida por Protección S.A.; y de dicho fondo se trasladó a Old Mutual hoy Skandia el 14 de marzo de 2013 (fl. 281) para finalmente trasladarse nuevamente a Protección pensiones y Cesantías el 17 de abril de 2015 (fl. 164), fondo, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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. 163).

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 *«...en esa época, yo trabajo en una aseguradora, yo ingrese a la aseguradora en 1996 y para esa época citaron o nos citaron a la cafetería de la compañía unos funcionarios de diversos fondos de pensiones, esos funcionarios de diversos fondos de pensiones, nos explicaron en ese momento que el Seguro Social se iba a liquidar y bajo ese argumento en esa reunión la mayoría de compañeros en la oficina eso éramos más o menos 20 personas de esa época, nos trasladamos del anterior Seguro Social al fondo de pensiones en ese momento que era Colmena, básicamente fue esa la situación por la que se dio el traslado...»*. (Cd. Fl. 293).

En lo referente a los aportes efectuados al Seguro Social, el asesor de Colmena, le indicó que *“en ese momento nos explicaban que todo lo que estaba*



con el Seguro Social se trasladaba al fondo de pensión privada...” y respecto a la asesoría brindada, indicó que “digamos que en ese momento a mí no me explicaron claramente, las bondades y las consecuencias del traslado, en ese momento lo que teníamos todos era la preocupación de que se iba a terminar el Seguro Social y que íbamos, si bien es cierto nos habían dicho que se trasladaban los fondos al Seguro Social, era posible que se acabara el Seguro Social en ese momento y perdiéramos los dineros que ya teníamos ahorrado, básicamente fue eso”; que no le informaron lo atinente a la heredabilidad de los aportes a sus beneficiarios; que durante su afiliación a Colmena hoy Protección S.A., no fue contactada por ningún asesor de la AFP con el fin de brindarle asesoría sobre su trámite pensional; que suscribió sendos formularios de afiliación a las AFPs.

Que el motivo de su devolución a Protección, después de estar en Skandia, obedeció más a enojo; que el enunciado traslado obedeció a que, “algún día también como llegan a las oficinas donde estamos trabajando varios funcionarios ofreciendo traslados y decidí en ese momento que me iba a trasladar y a cambiar a Protección, inclusive si mal no estoy en ese momento que ofrecía las personas que estuvieron conmigo por Protección, creo que estaban ofreciendo un bono de \$50.000 en almacenes éxitos por el traslado de un fondo a otro, si mal no estoy, pero ya le digo y reitero lo que le dije hace un rato, mi cambio fue más por enojo por la falta de información coherente y la falta de asesoría de parte de Skandia después de tantos años...”, que en este último traslado, se enteró que ya no podía regresar a Colpensiones y por ello, presentó derecho de petición a la entidad, para que la recibieran nuevamente.

En lo atinente al requisito de la edad y semanas de cotización que se debía cumplir en el Régimen de Prima Media; que de los aportes que realizara en el RAIS obtendría unos rendimientos, pero no sobre aportes voluntarios que podría realizar a su cuenta de ahorro individual.

A su turno, la representante legal de Protección S.A. al indagársele sobre la afiliación efectuada en su oportunidad a Colmena por parte de la demandante, señaló que, los expedientes de los afiliados a dicha AFP



fueron trasladados a Protección, sin embargo, en el caso de la demandante, solo se había aportado el formulario de afiliación; que no le constaba si la AFP Colmena tenía reglamento obligatorio (CD folio 293).

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 Protección 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 Protección S.A. y Skandia, incurrieron 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por Martha Cecilia Cruz Álvarez, al fondo de Pensiones Protección S.A., y Skandia efectuado en mayo de 1999 y posteriormente en marzo de 2013 y abril de 2015, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de las administradoras.

Finalmente deberá precisarse que, en el sub lite la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con más de 35 años de edad, ni tampoco contaba con 15 años de servicios, sin embargo, tal garantía no es óbice o requisito para que se niegue la ineficacia de traslado.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia



de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por los apoderados de Protección y Skandia, en el entendido de condenar a las entidades a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos



últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación, tal como lo ha sentado nuestro órgano de cierre recientemente en sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por último, resulta pertinente precisar 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. Luego entonces, en forma alguna se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

PRESCRIPCIÓN

En este aspecto, debe precisar esta Sala de Decisión, que de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.



Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta por Colpensiones.

PENSION DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si la demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la demandante nació el 28 de noviembre de 1961, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 34 del informativo, lo que implica que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2018, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran a folios en medio magnetofónico (fl. 291, Archivo 08 respuesta requerimiento), se establece



que cotizo hasta abril de 2021, un total de 1.570,85 semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumple por parte de la demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidara conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003,

En tal virtud, era procedente reconocer y ordenar el pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, sin embargo, en esta instancia no podemos cuantificar el monto de la pensión, con apego a lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., en el sentido, que es deber del juez de segundo grado extender la condena en concreto hasta la fecha de promulgación de la providencia que resuelve la respectiva instancia, dado que, conforme a la historia laboral allegada por Protección y relacionada en forma precedente, se tiene que la demandante para el mes de abril de 2021, aun se encontraba cotizando al sistema de seguridad social integral en pensiones, luego entonces, al no registrarse la novedad de retiro del sistema de seguridad social, se imposibilita establecer los montos pagados con posterioridad a dicha data y concretar el monto de los aportes realizados, para determinar en forma concreta el *quantum* de la pensión, ello en atención al recurso de apelación formulado por Colpensiones y que se está conociendo, también en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.

Consecuencia de lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, deberá reconocer a favor de la demandante, Martha Cecilia Cruz Álvarez, la pensión de vejez, conforme a los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente a la



desafiliación del sistema de seguridad social, en 13 mesadas anuales, de acuerdo a las disposiciones contempladas en el Acto Legislativo 01 de 2005 y teniendo en cuenta para tales efectos, todos los aportes realizados por la actora al RAIS.

COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., y a favor de la demandante, Martha Cecilia Cruz Álvarez, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 15 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA CECILIA CRUZ ÁLVAREZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

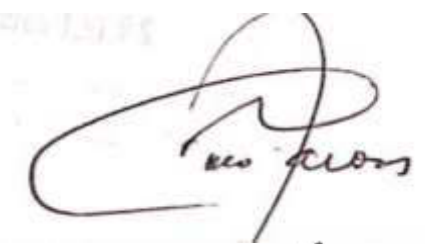
SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Protección, Skandia y la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, dadas las resultas de la alzada.



Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a favor de la demandante, MARTHA CECILIA CRUZ ÁLVAREZ en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

A handwritten signature in red ink, which appears to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



PROCESO SUMARIO DE **JURISCOM S.A.S.** CONTRA **CAFESALUD EPS.**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá DC, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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.

Acto seguido el Tribunal, en los términos acordados por la Sala, procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

JURISCOM S.A.S., presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **CAFESALUD EPS** para que, mediante sentencia judicial, se ordene el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a favor del empleador, folio 1.

Fundamenta el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 1 del paginario, que en síntesis refieren que el 8 de diciembre de 2016, la demandada expidió licencia de maternidad 701010000387971 a la señora Karen Viviana Santiago Cuéllar, la cual culminó el 19 de abril de 2017. Agrega que a la fecha la convocada no ha cancelado la liquidación de dicha licencia.

ADMISIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 21 de mayo



de 2018, ordenando notificar y correr traslado del *libelo* a la demandada y a Medimás EPS, folio 21.

La demandada **CAFESALUD EPS** a través de apoderado judicial, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo para el efecto que reconoció, liquidó y canceló en el año 2017 la licencia de maternidad a la señora Karen Viviana Santiago Cuéllar, lo cual efectuó a través de tres transferencias por \$1.533.486, \$868.011 y \$1.446.685. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó hecho superado y la genérica (Cd. a folio 81 A).

A su turno, **MEDIMÁS EPS S.A.S.** a través de apoderado judicial, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que no es la entidad legalmente obligada a reconocer y pagar obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, y que claramente corresponden a Cafesalud EPS, máxime cuando la fecha de causación o fecha de origen de la licencia de maternidad se dio en esta última entidad. **Excepciones:** Propuso como medio exceptivo el que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva (Cd. a folio 81 A).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la acción mediante decisión del 31 de julio de 2020, en la cual dispuso absolver a Medimás de las pretensiones de la demanda; **acceder** a la pretensión elevada por la parte activa, **ordenando** a CAFESALUD EPS S.A. pagar la suma de \$7.994.432 a favor de la demandante con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro del término de 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia (folios 75 a 77), por considerar que:



No existe controversia frente al cumplimiento de los requisitos para que el SGSSS reconozca la licencia de maternidad deprecada, toda vez que Cafesalud EPS manifestó que procedió a reconocer y liquidar la prestación por valor de \$3.848.182; sumando a ello que, si bien la entidad manifestó haber procedido a su pago, lo cierto es que en el plenario no obra prueba alguna del cumplimiento de tal propósito, amén que su obligación no cesa por la sola manifestación de pago, por manera que es procedente ordenar el reembolso reclamado. Precisa que el salario devengado por la señora Karen Viviana Santiago Cuéllar al momento de causación de la licencia ascendía a la suma de \$2.447.275, motivo por el cual la prestación económica reclamada asciende al valor de \$7.994.432.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior determinación la convocada a la acción, **CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN**, interpuso recurso de alzada manifestando en síntesis como motivos de disidencia, que «(..) *El despacho en la Sentencia objeto de impugnación indicó que los simples soportes allegados con la contestación no eran prueba suficiente y además de ello realizó una nueva liquidación de la prestación económica la cual da un valor de siete millones novecientos noventa y cuatro mil cuatrocientos treinta y dos pesos M7cte (\$7.994.432), es decir es un valor superior al cancelado por la EPS, por lo que se solicitó al área de prestaciones económicas de la EPS una reliquidación de la licencia y el estado del pago encontrando que la liquidación dada por la EPS se encontraba errada y la liquidación del Despacho esta correcta. Así las cosas la licencia de maternidad se encuentra cancelada de manera parcial quedando un saldo pendiente por pagar de cuatro millones ciento cuarenta y seis mil doscientos cincuenta pesos mcte (\$4.146.250) y para que dicho pago se lleve a cabo, el demandante debe presentar la acreencia ante la liquidación de Cafesalud para que su pago se lleve a cabo en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio. Por otra parte se solicitó al área financiera de la EPS el extracto bancario en el cual evidencia el pago realizado con anterioridad de la licencia de maternidad por valor de tres millones ochocientos cuarenta y ocho mil ciento ochenta y dos pesos mcte (\$3.848.182), el cual se adjunta como anexo*». Agrega que mediante Resolución 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó su liquidación, proceso que inició el 5 de agosto del 2019, por



tanto, solicitó ordenar a la parte demandante hacerse parte del proceso liquidatorio, radicando su acreencia de acuerdo con los formatos establecidos en el link <https://www.cafesalud.com.co/FormularioInscripción>, los cuales deberán ser radicados en medio digital o de manera física con prueba siquiera sumaria del crédito, que se pagará de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (folios 83 a 84).

Razón por la cual el expediente ha sido enviado ante este Tribunal para que se surta la **instancia**, y como la Sala no observa causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, 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 planteadas en la alzada¹, el determinar si CAFESALUD E.P.S. como entidad que administra el Sistema General de Seguridad Social en Salud, acreditó el pago parcial del reembolso de la licencia por maternidad asumida por Juriscom S.A.S. ante su trabajadora Karen Viviana Santiago Cuellar.

En segundo término, se determinará si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS, radicando su respectiva acreencia.

¹ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD - REEMBOLSO

Con miras a resolver la Litis planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, comprobantes de nómina (fls. 1 a 3); contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, junto con Otro Sí No. 1 y Otro Sí No. 2 (fls. 4 a 15); certificación laboral (fl. 16); Registro Único Tributario-RUT (fls. 17 y 37); planillas de autoliquidación de aportes de la trabajadora Karen Viviana Santiago Cuéllar (fls. 31 a 33 y 39 a 70) certificado de incapacidad o licencia (fl. 34); historia clínica (fls. 35 a 36); registro civil de nacimiento (fl. 38); certificación bancaria de Juriscom S.A.S. (fl. 73); comprobante de transferencia bancaria (fls. 88 a 90); relación de pagos por transferencia (fls. 85 a 87); probanzas de las cuales se colige, que KAREN VIVIANA SANTIAGO se encontró afiliada al sistema de seguridad social en salud por la empresa promotora CAFESALUD EPS S.A., a la fecha del alumbramiento, esto es, el 7 de diciembre de 2016 (fls. 38 y 63 a 65), así como el pago de la licencia de maternidad a la trabajadora por la convocante a juicio, folios 1 a 3.

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los precisos términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud pueden pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador.

En el *sub lite*, no existe controversia sobre el derecho que le asiste a la parte convocante sobre el reembolso por concepto de licencia de maternidad pretendido en la demanda, dado que la Empresa Promotora



de Salud Cafesalud pretende la modificación de la condena impartida en primera instancia, al aducir que tal prestación fue parcialmente reconocida en valor de \$3.848.182, circunstancia que pretende demostrar a través de las documentales allegadas con la alzada, respecto de las cuales se corrió el respectivo traslado, mediante proveído del 9 de agosto de los corrientes.

Sobre el particular, se advierte a folios 85 a 87 del expediente relaciones de pagos por transferencia detallada en la que se refieren las transferencias por concepto de licencia a favor de la señora Karen Viviana Santiago Cuéllar identificada con la cédula de ciudadanía 1.075.225.543, a la cuenta Bancolombia 45756258811 por los valores de \$1.446.685, \$868.011 y \$1.533.486, los cuales se observan transferidos, conforme al extracto de cuenta visible a folios 88 a 90 del diligenciamiento, documental que, contrario a lo indicado por la parte actora, no tiene la virtud de demostrar el pago parcial de la licencia de maternidad, pues nótese que pese a que en el detalle de transferencia se refiere que tales sumas dinerarias fueron giradas a la trabajadora de la convocada, lo cierto es que el extracto de cuenta referido, en el que se discriminan una serie de transferencias, no refiere a qué cuenta bancaria fueron consignados tales montos, ni tampoco la anualidad en la cual ello ocurrió, no existiendo certeza para la Sala de Decisión, si en efecto existió un pago de la prestación parcial directamente a la señora Karen Viviana Santiago y en qué data tuvo lugar tal reconocimiento.

Así las cosas, no resulta procedente reconocer el pago parcial de la obligación aquí reclamada, como así se pretende en la alzada, puesto que no existe prueba que demuestre la cancelación de la licencia a favor de la aquí convocante, a más que las pruebas aportadas con el recurso de apelación, tampoco acreditan de manera clara y cierta que ello ocurrió directamente ante su trabajadora Karen Viviana Santiago.



Dimanando en la confirmación de la condena impuesta, en el valor definido por el *a quo*, al ser aceptado por Cafesalud EPS en su recurso de apelación.

DE LA VINCULACIÓN DE LA PARTE ACTORA AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE CAFESALUDEPS

Ahora bien, en punto a la solicitud elevada por la convocada relacionada con ordenar a la parte actora hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo, ha de precisar el Tribunal que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.



Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías



de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la sociedad accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia, dentro del proceso liquidatorio, ya fuera de manera oportuna, esto es, durante el periodo comprendido entre el 29 de agosto al 30 de septiembre de 2019, como se señala en el recurso de apelación (fl. 84), o por fuera de dicho término, pues la parte activa ni siquiera allega reclamación de la licencia aquí discutida ante la entidad promotora de salud llamada a juicio; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la licencia de maternidad que le reconoció a su trabajadora KAREN VIVIANA SANTIAGO CUÉLLAR, porque esta es una facultad que radica



en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de Cafesalud EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el 4 de abril de 2018 (fol. 1), por manera que la decisión que resuelve el fondo de la controversia, en todo caso deberá ser tomada en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado, incluso en caso que el extremo activo no formule la respectiva reclamación dentro del proceso liquidatorio, pues el expediente debe ser tenido en cuenta por el liquidador, en tanto el mismo fue notificado de su existencia por parte de este Tribunal por orden de auto del 9 de agosto de 2021, como así lo dispone el literal d) del artículo 3° de la Resolución 007172 de 2019, *«Por la cual se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar CAFESALUD ENTIDAD PROMO TORA DE SALUD S.A.-CAFESALUD EPS S.A identificada con NIT 800.140.949-6»* (folio 3 cuaderno 2).

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 31 de julio de 2020 proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación dentro del presente proceso seguido por **JURISCOM S.A.S.** contra **CAFESALUD EPS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ OROZCO** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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: El señor **CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ OROZCO**, a través de apoderado judicial, persigue el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, bajo lo previsto en Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 758 de 1990; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la reliquidación pensional, dando aplicación a una tasa de reemplazo del 90% y del retroactivo pensional causado desde que cumplió 50 años de edad, esto es, desde el 13 de marzo de 2013, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, peticiona el acceso a la prestación pensional por alto riesgo al tenor del Decreto 2090 de 2003 y se condene a la demandada al reconocimiento de una tasa de reemplazo del 85% del IBL, a partir del 13 de marzo de 2013 (folio 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el “13 de marzo de 1983”; que cotizó al Sistema General de Pensiones en el RPM un total de 1.693 semanas, de las cuales 1.292 fueron aportadas ejerciendo actividades de alto riesgo, esto es, expuesto a altas temperaturas con el empleador Cristar S.A. Relata que Colpensiones se negó a reconocer a su favor la pensión especial de vejez mediante la Resolución SUB 39594 del 13 de febrero de “2019”, la cual fue revocada a través de la Resolución SUB 87328 de fecha 3 de abril de 2018, para en su lugar reconocer la prestación a partir del 1º de abril de 2018, con una tasa de reemplazo del 73,28%, acto administrativo que fue confirmado por la Resolución DIR 7662 del 23 de abril de 2018. Que solicitó la reliquidación de su pensión aplicando una tasa de reemplazo del 90%, empero, ello le fue negado en Resolución SUB 1182 34 del 15 de mayo de 2019. Concluye indicando que su empleador Cristar S.A. certificó

los cargos en los cuales realizó labores de alto riesgo por altas temperaturas y además efectuó los aportes adicionales de que trata el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, por considerar que el demandante no tiene derecho a la aplicación de las normas anteriores al Decreto 2090 de 2003, en tanto no cumple con las condiciones estatuidas en el artículo 6° *eiusdem*, y en particular, ser beneficiario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto no acredita 40 años de edad al 1° de abril de 1994, ni 15 años o su equivalente en semanas, dado que a tal data había reunido tan solo 718 semanas de cotización. Agrega que el demandante cotizó al Sistema General de Pensiones hasta el ciclo de febrero de 2018, razón por la que en virtud del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, el disfrute de su prestación solo será efectivo hasta que se verifique la novedad de retiro, situación que se corrobora efectivamente a partir de la última cotización. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; no configuración al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las que se prueben en el curso de las diligencias, folios 38 a 44.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 1° de julio de 2021, resolvió **absolver** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho; **sin condena** en costas. (CD a folio 55).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, si bien el accionante cuenta con más de 500 semanas de cotización especial a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que no cumple con ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad ni 15 años de servicios cotizados, de suerte que no es beneficiario del régimen de transición para efectos de dar aplicación en su caso particular a normas anteriores. En cuanto a la pretensión subsidiaria, aduce que la situación pensional del convocante debe dilucidarse conforme al Decreto 2090 de 2003; sumando a ello que, el actor cotizó un total de 1.693 semanas, de las cuales 1.061,63 semanas lo fueron en exposición a actividades de alto riesgos, siendo claro que superó las 700 de cotización especial exigidas y las 1.300 mínimas establecidas en el Sistema General de Pensional, al igual que acreditó el cumplimiento de los 55 años de edad, empero no demostró ninguna cotización especial adicional a las 1.300 requeridas legalmente, que le permitieran la disminución de su edad, siendo claro que la prestación pensional se causó desde el 13 de marzo de 2018, y su disfrute procede en la data determinada por la encartada, 1° de abril de 2018, al no obrar novedad de retiro. Concluye indicando que en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, al actor le corresponde una tasa de reemplazo del 73,28%, misma que fue aplicada por la entidad llamada a juicio.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que las 1.300 semanas a que hace alusión el Juzgado de Conocimiento son exigidas para acceder al derecho pensional, desconociendo que las mínimas en alto riesgo son 700, de manera que existe un excedente de 600 semanas cotizadas en alto riesgo, lo cual es aceptado por Colpensiones cuando manifestó que le daba total credibilidad a lo certificado por Cristar S.A., en cuanto indicó que el actor desde 1992 y hasta 2018 estuvo expuesto a a ese

tipo de actividades, y en específico, a altas temperaturas, por manera que en virtud del Decreto 2090 de 2003, tiene derecho a disfrutar su pensión desde el momento en que cumplió 50 años de edad. Agrega que la Juez de Conocimiento tampoco valoró lo que indicó Colpensiones en la Resolución SUB8628, en la cual se determinó que el estatus depensionado es el 10 de agosto de 2016, desconociendo a su acomodo que la fecha de causación de la prestación lo es a partir del cumplimiento de los 50 años, acotando que el convocante demostró su intención de disfrutar su pensión una vez adquirió el derecho, sin embargo, como se indica en la Resolución SUB 87328, se negó el reconocimiento por la demandada ante la supuesta falta de cumplimiento de los requisitos. Concluyendo que es procedente reconocer el retroactivo pensional solicitado junto con los intereses moratorios.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal manifiesta que a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 contaba con más de 500 semanas ejecutando labores de alto riesgo, a pesar de que su ex empleadora, CRISTAR S.A.S., no hubiere realizado las cotizaciones adicionales, pues tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, el hecho que el empleador se encuentre en mora sobre las cotizaciones adicionales no es justificante para que le sea negada la pensión o reliquidación de la misma, pues es deber de Colpensiones realizar esos recobros por medio de las herramientas administrativa. Añade que ignoró el Juzgado su manifestación de desafiliación al Sistema desde

finales del 2017, pero fue Colpensiones la que le indujo en error al haberle negado injustificadamente en un inicio la pensión especial de vejez. Concluyendo que el fallo de primera instancia debe ser revocado, para que en su lugar se acceda a la reliquidación de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo desde el cumplimiento de los 50 años de edad, con una tasa de reemplazo del 90%.

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 da cuenta la solicitud impetrada el 7 de diciembre de 2018, referenciada en la Resolución SUB 118234 del 15 de mayo de 2019 (folios 25 a 28).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia, el recurso de alzada elevado por la parte actora, 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 data de causación y disfrute de la pensión especial de vejez reconocida al actor, al igual que la procedencia de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

STATUS DE PENSIONADO

No se presenta discusión en lo que concierne a la calidad de pensionado del señor CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ OROZCO, presupuesto que igualmente deviene de un análisis de las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, de la copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 19), Resolución SUB 118234 del 15 de mayo de 2019 y su notificación por aviso (fls. 22 a 28); certificaciones laborales emitidas por Cristar S.A. (fls. 29 a 32); certificación expedida por ARL Liberty (fl. 33) y expediente administrativo arrimado por el extremo pasivo (Cd. a folio 49); probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el *A quo*, que a MARTÍNEZ OROZCO le fue reconocida pensión especial de vejez alto riesgo por desempeñar trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles, mediante Resolución SUB 87328 del 3 de abril de 2018, a partir del 1º de abril de 2018 en cuantía inicial de \$3.118.378², de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2090 de 2003, supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

FECHA DE CAUSACIÓN Y DISFRUTE

Al no existir duda sobre la calidad de pensionado del actor en los términos del Decreto 2090 de 2003, esta Colegiatura procederá a determinar si se cumplen los presupuestos para la causación y disfrute del derecho pensional desde la fecha en que el actor cumplió 50 años de edad, esto es, a partir del 13 de marzo de 2013, según se insiste en el recurso de apelación, para lo cual habrá de remitirse a los artículos 3º y 4º de la normatividad *ejusdem*, que señalan:

² CD a folio 49.

«ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda **y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas**, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.**

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años» (resalta fuera de texto)

En ese orden, descende de conformidad con las pruebas traídas a juicio, a establecer a partir de qué momento el demandante cumplió con dichos lineamientos, así:

1.) **Semanas especiales de cotización – Artículo 3º**

De cara a lo anterior, se constata que se efectuaron aportes a título de «cotización especial» en total 1.241,75 semanas como así lo certificó el empleador Cristar S.A. (fls. 29 a 32), quien además adujo que realizó el aporte adicional correspondiente, sin que ello fuere controvertido por la demandada en este caso, superando la norma bajo estudio.

2.) **Edad – Numeral 1º del Artículo 4º**

Respecto al primer requerimiento normativo, se colige de la documental obrante en el plenario, en especial de la copia del documento de

identificación de MARTÍNEZ OROZCO, folio 19, que cumplió los 55 años de edad el 13 de marzo de 2018, por haber nacido el mismo día y mes del año 1963.

3.) **Semanas de Cotización – Numeral 2° del Artículo 4°**

En lo que respecta a las semanas de cotización de que trata el art. 9 de la Ley 797 de 2003³, en primera medida suma indicar que la norma en cita no señala que estos aportes deban ser realizados por el afiliado como especiales, es decir, no establece que la totalidad de semanas se hubiesen efectuado mientras laboraba en actividades de alto riesgo y en el porcentaje requerido, pues este pedimento es únicamente para las 700 semanas de que trata el art. 3 del Decreto 2090 de 2003, como requisito indispensable para la apertura del estudio de pensión especial de vejez por alto riesgo.

Así, se evidencia que el actor cotizó a Colpensiones por el lapso del 14 de abril de 1982 al 31 de octubre de 2018⁴ un total de 1.693 semanas, y como quiera que para el año 2018 debía contar con 1.300 semanas, se cumple a cabalidad con la norma *ejusdem*.

Ahora, en lo que concierne a la disminución de la edad, recuérdese que el inciso 3° del artículo 4° del Decreto 2090 de 2003 obliga demostrar, para ser acreedor de este derecho, «**cotización especial**, adicionales a las mínimas requeridas en el **Sistema General de Pensiones**». De cara a lo

³ “ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (Subraya de la Sala)

⁴ Folio 25 y vuelto.



08201900757 01

anterior, al contar con 1.241,75 semanas de aporte especial, como así lo certificó su empleador Cristar S.A. (fls. 29 a 32), dimana indudable que no cuenta con semanas adicionales a las 1.300 a fin de descontar la edad, concluyendo en su **causación** el 13 de marzo de 2018, no siendo atendible la interpretación del convocante, quien indica que las semanas especiales adicionales son las que superan las 700 de cotización especial, por cuanto la normatividad en comento sobre este aspecto, claramente se remite a las semanas exigidas por el Sistema General de Pensiones, que no son otras que las mínimas necesarias para acceder a la pensión de vejez, que para este caso corresponden a 1.300, como ya se anotó.

Ahora bien, no desconoce la Sala que, en el acto administrativo de reconocimiento pensional, esto es, en la Resolución SUB 87328 del 3 de abril de 2018 (Cd. a folio 49), la encartada estableció como estatus pensional el 10 de agosto de 2016, sin embargo, ha de decirse que para el Colegiado el extremo pasivo no tiene claridad en relación con la fecha de causación de la prestación económica de vejez especial, por cuanto en la Resolución DIR 7662 del 23 de abril de 2018 (Cd. a folio 49) determinó que el estatus de pensionado lo adquirió el actor, en una data diferente, esto es, el 10 de mayo de 2015, mientras que en la Resolución SUB 118234 del 15 de mayo de 2019 lo estableció en el 1º de septiembre de 2016 (fl. 27), por manera que ante tan evidentes contradicciones no resulta atendible lo que sobre este punto definió Colpensiones.

En claro lo anterior, procede esta instancia a establecer la fecha de **disfrute** de la pensión especial de vejez.

Sea lo primero advertir, que la pensión de vejez especial debe ser otorgada por la entidad administradora de pensiones o por el funcionario judicial, de ser el caso, en el mismo momento en que el

afiliado cumple con los requisitos mínimos señalados en la norma pensional, se *itera*, el 13 de marzo de 2018, al no ser procedente ninguna reducción de edad.

Ahora, la anterior institución jurídico – pensional puede ser modificada en su calenda si el afiliado a mutuo propio desea seguir cotizando con el fin de incrementar la tasa de reemplazo o la cuantía pensional, a razón de establecer un mejor porcentaje de cotizaciones y por ende un mejor ingreso base de cotización, supuesto que no debe ser negado por la entidades administradoras, pues es la voluntad del afiliado la que se denota desplegada con el propósito de adquirir dicho fin y, que se entiende ejecutada hasta que se presente retiro en el sistema, apreciación que ha sido denominada por la legislación como fecha de disfrute, según los lineamientos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

Aspecto que por demás ha sido interpretado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, entre otras, la sentencia rad. 38776 de 2011 con ponencia del H. M. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y sentencia Rad. 41754 de 2012 con ponencia del H.M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego, indicando de manera constante y clara, que si el afiliado aún se encuentra cotizando es porque su querer va encaminado en acrecentar su mesada pensional y obtener una tasa de reemplazo superior y, será entonces, hasta que se retire del sistema o deje de efectuar cotizaciones a la entidad administradora de pensiones, que su querer se entienda transformado en la búsqueda del reconocimiento de la pensión.

Al margen de lo anotado, de las pruebas allegadas al plenario y en especial del reporte de semanas cotizadas en pensiones que emana de la Resolución SUB 118234 del 15 de mayo de 2016 (fls. 23 a 25 y vuelto) se colige que el accionante continuó realizando cotizaciones después de

causar su derecho pensional, e incluso, con posterioridad al reconocimiento de la prestación efectuado por la convocada, pues nótese que reportó como último aporte el ciclo de octubre de 2018.

De manera que, resulta acertada la decisión de Colpensiones de otorgar el disfrute de la prestación desde el 1º de abril de 2018, al emitir el acto administrativo de reconocimiento pensional datado el 3 de abril de símil año (Cd a folio 49); a lo cual debe agregarse que en el *sub judice* en nada interesa que la encartada haya negado la prestación en la Resolución SUB 39594 del 13 de febrero 2018, según se aduce en la alzada, dado que como quedó establecido, para tal momento el accionante aun no había reunido la edad mínima de pensión.

Dimanando en la confirmación del fallo opugnado, no sin antes precisar que sobre los planteamientos de la demanda en relación con la aplicación del régimen de transición y la modificación de la tasa de reemplazo, el Tribunal no efectúa ningún pronunciamiento por falta de competencia, al no ser objeto del recurso de apelación.

COSTAS. Se confirman las costas impuestas por el *A quo*. En esta segunda, costas a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

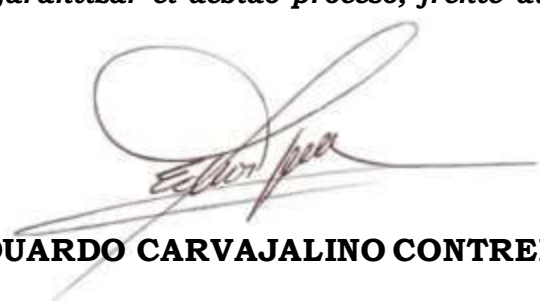
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 1º de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS ENRIQUE MARTÍNEZ**



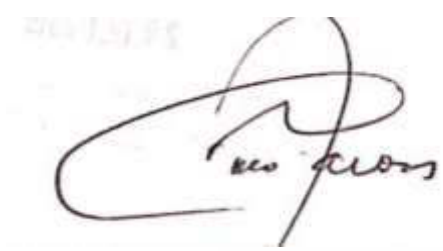
OROZCO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte demandante.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



08201900757 01

14

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$300.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA JULIA ARIAS JARAMILLO** CONTRA **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 treinta y un (31) días del mes de agosto 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 señora **ANA JULIA ARIAS JARAMILLO** por intermedio de apoderado judicial, persigue se condene a la demandada y a Seguros Bolívar S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, junto con los intereses moratorios, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, peticiona la “*indemnización sustitutiva*” (demanda folio 7, reforma Cd. a folio 178).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos planteados en la demanda, folios 5 a 7, e igualmente, los relatados en la reforma de la demanda formulada ante el Juzgado de Pequeñas Causas Laborales de Mocoa, Putumayo en audiencia del 23 de noviembre de 2016 (Cd. a folio 177), que en síntesis advierten que, sostuvo una relación afectiva con el señor Gustavo Hilarion Sevillano Quiñonez por 14 años 9 meses, hasta el día del fallecimiento de este que lo fue el 27 de febrero de 2006. Añade que en virtud de su unión con el causante fue procreado Gustavo Adolfo Hilarion Arias, quien falleció el 23 de noviembre de 2006. Refiere que el causante durante sus dos últimos años de vida, convivió de manera simultánea con la señora Dehy Huepe Castro, relación que fue reconocida en proceso 2006-092. Aduce que tanto ella como su hijo dependían económicamente del causante, quien se encontraba afiliado a la AFP llamada a juicio desde el 11 de enero de 1996. Que inició proceso de sucesión intestada radicado bajo el número 2011 135. Indica que en calidad de madre y heredera del menor Gustavo Adolfo Hilarion Arias, realizó el trámite de la sucesión de su hijo, según escritura pública No. 407 del 9 de julio de 2010. Manifiesta que ha solicitado de manera reiterada ante Colfondos S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes e igualmente, la “*indemnización sustitutiva*”, empero a la fecha no le ha sido reconocida ninguna prestación. Que la señora Dehy Huepe Castro no ha demostrado que fruto de la relación sostenida con el causante se procreó un hijo. Señala



que el causante laboró para empresas del sector privado por espacio de 14 años, esto es, desde el año de 1992, hasta la fecha de su muerte.

CONTESTACIÓN: La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones principales contenidas en la demanda reformada en audiencia celebrada el 23 de noviembre de 2016, por considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho reclamado a favor de sus eventuales beneficiarios, por cuanto no acreditó la densidad de semanas requeridas para el efecto, amén que la actora no acredita la calidad de beneficiaria, que permita solventar el conflicto existente con la señora Deyi Huepe Castró, quien también solicitó el reconocimiento de la prestación en calidad de compañera permanente del causante. En cuanto a la pretensión subsidiaria indica que procederá a pagar la “*indemnización*” a las personas que el Juzgado de Conocimiento defina como beneficiarias, en los porcentajes que este determine, acotando que tal prestación ha sido suspendida en razón al conflicto de beneficiarios suscitado y a la eventual existencia de un hijo del afiliado fallecido. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, prescripción, buena fe y la genérica (folios 259 a 273).

La llamada en garantía **SEGUROS BOLÍVAR S.A.** al dar contestación a la demanda manifiesta que no se opone ni se allana a las pretensiones, dado que las mismas están dirigidas a una sociedad distinta, respecto de la cual no tiene injerencia en sus decisiones. De otro lado, se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía, por considerar que el afiliado fallecido no cumple con los requisitos exigidos en la ley, esto es, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del deceso y el requisito de fidelidad. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados indebido llamamiento en garantía, inexistencia de las obligaciones



reclamadas y cobro de lo no debido, buena fe. Frente a la reforma de la demanda, no efectuó contestación (Cd. folio 178).

La señora **DEYI HUEPE CASTRO**, vinculada en calidad de litis consorcio necesario y representada en el proceso mediante *curador ad litem*, no dio contestación a la demanda, ni a su reforma.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 11 de mayo de 2021, resolvió **condenar** a Colfondos S.A. a reconocer a la demandante el 25% suspendido de la devolución de saldos, en condición de madre del menor Gustavo Adolfo Sevillano Arias, quien a su vez tenía la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes del fallecido Gustavo Hilarion Sevillano, al igual que el 25% de la devolución de saldos que suspendió Colfondos a la espera de la acreditación de la calidad de herederos del afiliado fallecido, incluyendo el valor de los rendimientos financieros y el bono pensional si a este hubiere lugar; **declarar** no probada la excepción de prescripción; **declarar** que el fallo desestimatorio en relación con la pensión de sobrevivientes se extiende a la llamada en garantía Seguros Bolívar y **condenar** en costas a Colfondos. (Cd. a folio 333).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, la norma aplicable al *sub judice* corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, dado que el causante falleció el 27 de febrero de 2006, cuyos requisitos no fueron cumplidos por este, al no cotizar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso, pues en ese interregno acredita 48,71 semanas. En lo que se refiere a la devolución de saldos, refiere que conforme al artículo 8° del Decreto 1889 de 1994, el 25% de la mentada prestación debe ser objeto de distribución entre los restantes beneficiarios, pues no se allegó sentencia ejecutoriada en la cual se estableciera que el causante era el padre del hijo de la señora Deyi Huepe Castro, por manera que tal porcentaje debe



reconocerse a la convocante como heredera de su hijo Gustavo Adolfo Sevillano Arias; igualmente, le corresponde el 25% restante que quedó en suspenso en espera de la acreditación de la actora de la calidad de heredera del beneficiario Gustavo Adolfo Sevillano Arias hijo del causante, en tanto esa condición la ostenta la demandante como su progenitora. Concluye indicando que el 50% restante de la devolución de saldos ya le fue reconocido a la señora Deyi Huepe Castro como se acredita en el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que *“(..) el conteo de semanas claramente debe sumar una a una, hay un cúmulo de semanas en la historia laboral expedida por la AFP COLFONDOS donde claramente se tipifica número de semanas y las mismas están certificadas en decimales, esos decimales no son aproximaciones, esos decimales son fracciones de semana que corresponden a días, luego, la forma correcta de hacer un conteo es sumar una a una, porque la norma habla de semanas cotizadas y no de días cotizados divididos entre sí; la norma es clara y habla de semanas cotizadas, luego lo que se está haciendo, es la suma de una a una y no se da un aproximación, como lo manifiesta la apoderada de la demandada COLFONDOS, es decir, sumando una a una tenemos un total de 53.59 semanas cotizadas por el señor Gustavo Sevillano entre 27 de febrero del 2003 y 27 de febrero del 2006. Queda a consideración de Superior Jerárquico para revisar los controles de las semanas y verificar si tiene o no derecho la señora, mi representada al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”*

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** formuló recurso de apelación aduciendo como motivos de disidencia que, frente al reconocimiento de la devolución de saldos formulada como pretensión subsidiaria en la reforma de la demanda expresamente se dijo en su contestación: *“Frente a la pretensión subsidiaria, del reconocimiento a favor de la demandante de la indemnización sustitutiva me permito manifestar a nombre de mi representada COLFONDOS, que pagará la indemnización que ya reconoció a las personas que el Despacho defina como beneficiarias, y en los porcentajes que igual sean definidas, mi*



representada no ha negado la causación de esa presentación, lo que ha suspendido es el pago en consideración al conflicto de beneficiarias que se ha suscitado y a la eventual existencia de un hijo del fallecido; así las cosas, mi representada pagará esta devolución conforme a la orden judicial”, de suerte que no es procedente la condena en costas impartida por el a quo y mucho menos por el excesivo monto de \$2.800.000, el cual no considera el valor de la indemnización, por cuanto presentó expresamente allanamiento a tal prestación, máxime que las demoras suscitadas en el proceso no le son atribuibles, al acudir personal y directamente a todas las citaciones, al estar presta a atender los requerimientos del Juzgado y al no presentar una conducta dilatoria.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: El apoderado de la parte accionante indica que la Juez incurrió en un error al validar el número de semanas cotizadas por el causante dentro de los tres años con anterioridad al fallecimiento, pues de un conteo juicioso de semanas se puede establecer que este completó un total de 53.17, por manera que el fallo debe ser revocado para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, máxime que de la prueba testimonial se puede determinar que la señora Ana Julia Arias Jaramillo, convivió con el señor Gustavo Hilarión Sevillano, de manera permanente e ininterrumpida, por más de 15 años y hasta el momento del fallecimiento, tiempo durante el cual procrearon un hijo llamado Gustavo Adolfo Sevillano Arias, nacido 1º de febrero de 1992 y quien también falleció el 23 de noviembre de 2006, por lo que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes



causada, en los términos del artículo 47 de la ley 100 de 1993. Acota que la señora juez de primera instancia, se negó a practicar el testimonio de la señora Fabiola López Barrero, prueba que ya había sido decretada; y como puede observarse en la grabación de la audiencia de practica de pruebas, pese a que la señora Fabiola ya estaba dispuesta para rendir testimonio, la señora juez se negó a recibirlo y la retiró de la diligencia.

Llamada en garantía: El apoderado de **Seguros Bolívar S.A.** manifiesta que los pedimentos principales de la reforma de la demanda carecen de total sustento jurídico, pues para la fecha del deceso del afiliado GUSTAVO HILARION SEVILLANO esto es 27 de febrero de 2006, no dejó causados los requisitos establecidos por la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, es decir, que no cotizó 50 semanas durante los 3 últimos años contados con antelación a la fecha del deceso, eso es, entre 27 de febrero de 2003 a 27 de febrero de 2006, por manera que no puede hacerse exigible la póliza suscrita con la aseguradora. Añade que tampoco el afiliado cumplió con los requisitos jurisprudenciales dispuestos para dar aplicación a la condición más beneficiosa y permitir que se realice el estudio de los requisitos de cara a la norma anterior, esto es la ley 100 de 1993 original y mucho menos lo dispuesto en regímenes como el dispuesto en el Decreto 049 de 1990. Concluyendo que la prestación que opera en el examine es la devolución de saldos, figura en la que no tiene injerencia o responsabilidad alguna, pues es una prestación que nace en cabeza de la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS.

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 los reclamos jurisdiccionales impetrados en el *libelo genitor*, las manifestaciones de la Juez de Conocimiento y los recursos formulados por ambas partes, esta Colegiatura procede a determinar cómo problema jurídico a zanjar en esta segunda instancia, el establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia con ocasión al fallecimiento del señor Gustavo Hilarion Sevillano Quiñonez.

Igualmente, habrá de establecer si es procedente la condena en costas impuesta en primera instancia a Colfondos S.A.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la *Litis* planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, comunicaciones emitidas por la AFP Colfondos (fls. 10 a 31, 274 a 281 y 288 a 292); copia del documento de identificación de la demandante (fl. 32); registro civil de nacimiento del menor Gustavo Adolfo Sevillano Arias (fls. 33 y 286); registro civil de nacimiento del causante Gustavo Hilarion Sevillano (fl. 34); copia del registro civil de defunción del menor Gustavo Adolfo Sevillano Arias (fls. 35 y 285 y vuelto); registro civil de defunción del señor Gustavo Hilarion Sevillano (fls. 36 y 287); escritura pública de sucesión del menor Gustavo Adolfo Sevillano Arias (fls. 37 a 39); oficio No. 0678 del 5 de diciembre de 2012 del Juzgado Promiscuo Municipal de Orito, Putumayo (fls. 40 a 41); certificado de renovación Póliza Previsional IS 5030000000204 (fls. 60 a 68 y 131 a 145); copia de la cédula de ciudadanía de la señora Deyi Huepe Castro (fl. 98);



póliza y certificado invalidez y sobrevivientes (fls. 129 a 130); derecho de petición elevado por la demandante a Colfondos S.A. (fls. 282 a 284); registro civil de nacimiento de parte de la actora (fl. 284); liquidación devolución de saldos parciales (fls. 292 y vuelto a 294); historia laboral del causante emitida por la AFP Colfondos (fls. 298 a 299); historia laboral para bono pensional (fl. 300); solicitud publicación de aviso (fl. 301); solicitud de pensión de sobrevivientes (fl. 302); copia cédula de ciudadanía causante (fl. 303); certificación de pago de salarios y prestaciones sociales del causante (fls. 305 y vuelto); declaraciones extra juicio (fols. 305 a 309); copia tarjeta identidad del menor Gustavo Adolfo Sevillano Arias (fl. 285) y, testimonios rendidos por Dulce Nombre Florez y Luis Antonio Klinger (Cd. a folio 333); probanzas de las cuales se colige, que GUSTAVO HILARION SEVILLANO falleció el 27 de febrero de 2006, folio 36; quien se encontraba afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones a cargo de Colfondos S.A., como se refiere de las documentales visibles a folios 298 a 299; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional, deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el causante y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez, o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente, o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; aclarando que



ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 27 de febrero de 2006 como da cuenta el certificado de defunción obrante a folio 12, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas que estipulan:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 13. Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, **tenga 30 o más años de edad.** En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido **no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;***

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. **Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).***

(...» (Resalta fuera de texto)



De cara a lo anterior, y conforme lo indica el apoderado de la parte actora en su alzada, de la historia laboral allegada por la AFP llamada a juicio visible a folio 299, se evidencia que efectivamente el señor Gustavo Hilarion Sevillano (q.e.p.d.) a la calenda de su deceso, contaba con una densidad de semanas superior a las 50 reclamadas por las normas que gobiernan el asunto, pues del contenido del tal legajo se constata que entre el 27 de febrero de 2003 y el 27 de febrero de 2006, este cotizó un total de 377 días que equivalen a 53,85 semanas.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la posible beneficiaria y ahora reclamante jurisdiccional, señora Ana Julia Arias Jaramillo, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, quien a la fecha del deceso contaba con 46 años (fl. 32), evidente resulta que la parte demandante centró su hipótesis, desde el escrito primigenio, en la identidad como compañera permanente. Motivo por el cual, esta Sala de Decisión procederá a corroborar si de los medios probatorios incorporados a las diligencias, se logra concluir tal condición así como el periodo de convivencia con el *de cujus*.

Siendo importante acotar en este punto, que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia a la cónyuge o compañera permanente cuando el causante correspondiere a un afiliado fallecido, en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia “(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para



el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado”, de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Así mismo, resulta oportuno y necesario manifestar que la categorización de “*compañera permanente*” no exige como lineamiento taxativo la demostración del título legal en tal sentido, como lo sería el acta, sentencia o escritura pública que declare la unión marital de hecho, en tanto, en los asuntos del trabajo y de la seguridad social cuando se prevé la protección de la familia en su más amplia concepción, ha de verificarse aquellos tratos de afecto, apego y cariño que en el transcurrir del tiempo demuestren la creación de nuevos lazos, tal como lo definió la Corte de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 1618 de 2018².

² «... la condición de compañero (a) permanente; pues esto último **se configura con la vida común de dos personas y su decisión consciente de unirse para conformar una familia**» (acentúa la Sala).



Por manera que, con tal propósito y respecto a la calidad invocada, se advierte que el testigo Luis Antonio Klinger en su declaración (CD a folio 333) precisó, en síntesis, que conoció al causante hace alrededor de 25 años porque era sobrino de su padre de crianza, e igualmente, conoce a la activa porque es vecina suya desde hace 20 años. Indicó que la parte actora y el causante sostuvieron una convivencia de entre 14 y 15 años, acotando que a la fecha del fallecimiento convivían en casas diferentes. Añadió que el señor Sevillano tenía dos relaciones, a más que con la actora procreó un hijo, por tanto, la visitaba y se quedaba en su casa. Igualmente, aseguró que la demandante convivió con el de *cujus* hasta la fecha del deceso, pese a que en otra respuesta afirmó que no sabe hasta qué data estos convivieron bajo el mismo techo.

Ahora, en lo que respecta a la deponente Dulce Nombre Florez (Cd. a folio 333), esta afirmó que conoció al causante porque como ella, este nació en Barbosa Nariño. Agregó que era vecina de la demandante, quien convivió con el afiliado fallecido hasta la fecha de su muerte, empero, precisó que esa convivencia tuvo lugar desde 1990 y hasta 15 años después, acotando que al deceso residían en sitios separados y que desconocía con quién convivía el causante, pues la pareja presentó una separación, cuyos motivos no conoce.

Así las cosas, respecto al punto dilucidado y de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado, preciso es señalar que no constata la Sala la existencia del vínculo sentimental por unión marital de hecho entre el causante y la reclamante jurisdiccional, pues de las declaraciones recaudadas no emana con certeza que durante los últimos 5 años de vida del señor Gustavo Hilarion Sevillano, este haya compartido lecho, techo y mesa con la demandante, en tanto que tales declaraciones presentan serias contradicciones sobre este aspecto, al referir la testigo Dulce Nombre Florez una separación de la pareja e



indicar una convivencia desde 1990 y hasta por 15 años, es decir, hasta el 2005, mientras que el testigo Luis Antonio Klinger en unas ocasiones indicó que podía dar fe de la convivencia hasta la fecha del fallecimiento, para después, de manera contradictoria, referir que desconoce la data hasta la cual esta tuvo lugar.

Sumando a ello que, en el *examine* no se advierte el cumplimiento de la formalidades establecidas por la ley procesal para la práctica del testimonio, pues conforme el artículo 220 del C.G.P., aplicable a los juicios del trabajo por vía del artículo 145 del CPT y de la SS “*Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan*”, regla que no se cumplió en el presente caso, dado que de la grabación de la audiencia virtual celebrada el 11 de mayo de 2011, claramente se observa que los dos declarantes y la demandante se encontraban en el mismo recinto al momento de rendir sus declaraciones, circunstancia que impide otorgarles credibilidad, dado que tal formalidad pretende evitar que el testigo posterior acomode su versión a la declaración de quien le precede, y distorsione los hechos que aun conserva en su memoria, condición que no se garantizó en el presente caso por el apoderado de la parte actora ni por el Juzgado de Conocimiento.

Aspectos estos que conducen a descartar la convivencia que exige la norma pensional, pues resultando indispensable su materialización por lo menos en los últimos 5 años del vida de SEVILLANA QUIÑONEZ, ello no se extrae de ningún medio probatorio, decretado y practicado en el proceso.

Dimanando de lo anterior que, la convocante a juicio no logró demostrar aquella comunidad de vida que prescribe la norma regente del asunto, dando fe de aspectos palpables de la relación integrados por afecto, apoyo y cuidado mutuo, con ánimo de comunidad de vida o convivencia constante y con la intensión de forjar una familia a partir



del compartir efectivo, propio de estos vínculos y por 5 años hasta la data de fallecimiento del afiliado; por lo que, claro es que no se cumple el presupuesto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, de convivencia por el lapso allí reglado.

Motivo por el cual, habrá de confirmarse la sentencia impartida en primera instancia sobre este aspecto, en cuanto no accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada, pero por los motivos anunciados por esta Sala Decisión, siendo oportuno acotar igualmente que, sobre el porcentaje de la devolución de saldos reconocida a favor de la demandante, no emitirá el Colegiado ninguna consideración, por cuanto ello no fue materia de los recursos de apelación formulados por las partes.

COSTAS.

La parte demandada COLFONDOS S.A. en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*, aduciendo que frente a la prestación reconocida a la actora, medió un allanamiento en la contestación de la demanda y por cuanto no ha asumido una conducta dilatoria durante el trámite jurisdiccional ordinario.

Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda



prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, la Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a la pasiva, COLFONDOS, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena, no siendo atendibles los argumentos dados por la convocada en mención, y en especial sobre su allanamiento a la devolución de saldos, como quiera que sobre está pretensión no se pronunció en tal sentido, pues pese a que afirmó que procedería a su reconocimiento a los beneficiarios que indique el Juzgado de Conocimiento, nunca aceptó que ese derecho le correspondiente a la demandante.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*, no si antes resaltar que el monto de las agencias en derecho que considera excesivo la AFP Colfondos no debe ser analizado en la sentencia que pone fin a la instancia, sino mediante el recurso de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, en atención a los términos del numeral 5° del artículo 366 del C.G.P.

En esta segunda instancia sin costas dada la improsperidad de ambos recursos de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

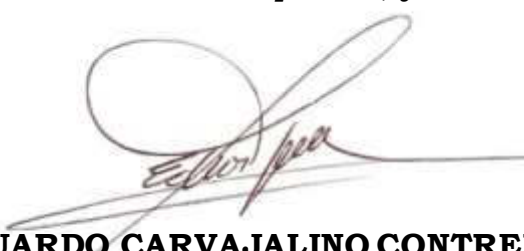


RESUELVE

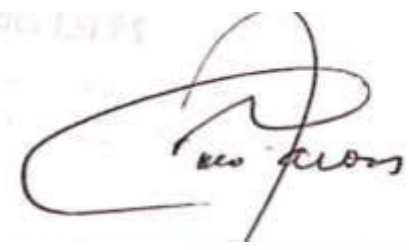
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 11 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANA JULIA ARIAS JARAMILLO** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el A quo. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-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 **ELKIS LUIS CUARTAS SUÁREZ** contra **JAHV
MCGREGOR S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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 correo electrónico remitido el 23 de agosto de 2021, se aceptará la renuncia al mandato presentada por el abogado Carlos Alberto Osorio Beltrán, identificado con C.C. No. 80.099.519 y portador

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 la T. P. No. 231.524, en calidad de apoderado de la empresa Javh McGregor, y a su turno, se reconoce personería para actuar a la abogada Lorena Patricia Lemos Franklin, identificada con C.C. No. 1.127.607.100 y Tarjeta Profesional No. 303.876, expedida por el C. S. de la Jud., para que actúe como apoderada de la empresa Jahv McGregor S.A.S, de acuerdo al poder conferido por la representante legal de la empresa, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso 4 del artículo 76 del Código General del Proceso.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor ELKIS LUIS CUARTAS SUÁREZ solicita se declare que existió un contrato de trabajo con la empresa JAHV McGregor S.A.S, entre el 20 de diciembre de 2010 y el 15 de agosto de 2017; que los contratos de prestación de servicios fueron ejecutados como un verdadero contrato de trabajo; que se declare la existencia de un único contrato de trabajo; que se aplique el principio de realidad sobre las formas; que el vínculo contractual finiquitó sin justa causa; que la demandada actuó de mala fe al simular el contrato de trabajo; que se incumplieron las obligaciones laborales.

Como consecuencia de las declaraciones señaladas, reclama se condene a la convocada a juicio a reliquidar y pagar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones; aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión desde el 20 de diciembre de 2010 y el 15 agosto de 2017; que se reconozca y pague la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización del artículo 99; sanción moratoria del artículo 65; indemnización por despido sin justa causa; la



indexación de las prestaciones que no sean objeto de sanción moratoria; las costas y agencias en derecho y el reconocimiento de derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten, que se presentó a un proceso de selección convocado por la empresa JAHV McGregor S.A.S, en diciembre de 2010; que su hija de vida fue vista en una plataforma digital y le fue solicitada remitirla directamente a la empresa; el cargo para el cual se postuló fue el de “asistente operativo”, para el mantenimiento correctivo y preventivo de equipos de cómputo; el actor fue vinculado con la empresa demandada con contrato suscrito el 20 de diciembre de 2010; que el contrato celebrado fue de prestación de servicios; que se establecían una serie de condiciones, reglas, procedimientos, disponibilidad de tiempo, entre otras, que debía cumplir el actor para la empresa contratante; que al iniciar el contrato de trabajo, le fue asignado al actor un computador, escritorio, accesorios y correo electrónico de la empresa; que desde el año 2011 hasta el año 2016 fueron celebrados contratos de prestación de servicios; que el 30 de junio de 2016 el actor se vio obligado a celebrar un documento denominado “*ACTA DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS INDEPENDIENTES CON ELKIS LUIS CUARTAS SUAREZ*”; que el 1 de julio de 2016 celebró contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de semisenior de sistemas; que las funciones asignadas eran las mismas a las establecidas en contratos anteriores; que debía cumplir horario, ordenes, funciones, asistir a capacitaciones, pedir permisos, cumplir horarios, prestando sus servicios en forma personal y cumpliendo órdenes; que desde el año 2010 hasta el año 2016 se afilió al sistema de seguridad social integral como trabajador independiente; que el 15 de agosto de 2017 le es terminado el contrato de trabajo y pagada la indemnización correspondiente a los años 2016 y 2017 únicamente.



CONTESTACIÓN: La demandada, **JAHV MCGREGOR S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, entre las partes se celebraron diferentes contratos de prestación de servicios independientes desde el 20 de diciembre de 2010 al 30 de junio de 2016 y un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de julio de 2016 al 15 de agosto de 2017. Como **excepciones** propuso las de inexistencia del contrato de trabajo; cobro de lo no debido; pago; compensación, buena fe, mala fe de la actora; prescripción y la genérica (fl. 139).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 29 de junio de 2021, resolvió; **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones formuladas; declaró la existencia del vínculo laboral entre el 13 de junio de 2012 y el 15 de agosto de 2017, el cual fue terminado sin justa causa por el empleador; **condenó** a la demandada a pagar cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, y a la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa; **condenó** a la demandada a pagar intereses moratorios sobre lo adudado por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, desde la terminación del vínculo contractual hasta que se haga efectivo el pago efectivo de la obligación; **ordenó** indexar los valores señalados como condena, por concepto de sanción por no pago de los intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías, reliquidación de la terminación del contrato de trabajo hasta el pago efectivo de la obligación; **absolvió** de las demás pretensiones; **condenó** en costas a la demandada.



El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Así las cosas debe señalar el despacho que de la documental allegada tanto por el demandante como la demandada se acredita la prestación del servicio del señor Elkin Cuarta Suarez a favor de McGregor, habiendo prestado sus servicios al proyecto Fosyga, obrando en el proceso como ya se señaló en el archivo 02 los documentos que dan cuenta de los pagos realizado al demandante con ocasión al contrato de prestación de servicio; de igual manera la parte demandante allegó la certificación a folio 45 del archivo 01, en la que se acredita la continuidad del contrato de prestación de servicios desde el 13 de junio del 2012 hasta el 30 de junio de 2016 con lo que se acredita entonces prestación de servicio y de ahí en adelante el contrato de trabajo hasta el 15 de agosto de 2017, de igual manera con el escrito de demanda se allegaron otros documentos en los que se puede verificar a folio 40 del archivo 01 del expediente, un certificado médico que tenía por objeto ese tipo de evaluación pre ocupacional, en el que se declara apto al señor Elkin Luis para laborar, a folio 45 a la certificación a la que ya se hizo referencia previamente se hace mención a las actividades que ejecutaba Elkin Luis, conforme el contrato de prestación de servicio, señalándose que desde el 13 de junio del 2012 a la fecha de esta certificación que data desde el 27 de junio de 2014, se encontraba vinculado mediante un contrato de prestación de servicio desarrollando actividades como asistente de auditoria de sistema en el proyecto Ministerio de Salud y Protección Social, contrato de interventoría número 203 de 2012, se hace referencias a las actividades que ejecutaba Elkin Luis...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante** interpone recurso de apelación y en él solicita se modifique la sentencia, respecto al reconocimiento y pago de la sanción contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar que esta debió ser reconocida por un día de salario y los intereses no son excluyentes, sino complementarios, además que, la sanción debería correr desde el 15 de agosto de 2017, fecha de finalización del vínculo contractual y se encuentra acreditada la mala fe de la empresa demandada; que los intereses moratorios deben reconocerse desde el día 1 del mes 25 en adelante y hasta que se encuentre acreditado el pago.

El apoderado de la empresa **Jahv McGregor S.A.S.**, solicita se revoquen los numerales, 1, 2, 3, y 6 de la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que, existe una aplicación indebida del artículo



23 del Código Sustantivo del Trabajo, al declararse una relación laboral desde el 13 de julio de 2012 al 15 de agosto de 2017; que los permisos solicitados por el actor fueron realizados a Luz Adriana Zapata sin ser superiora del demandante, ni representaba a la empresa; que no se acreditaron los elementos configurativos de la relación laboral y mucho menos la subordinación del demandante frente a la empresa convocada a juicio; que no fue resuelta la tacha de imparcialidad propuesta por frente a los testimonios rendidos a favor de la parte actora, y los cuales presentan procesos litigioso contra la convocada a juicio; que tampoco existe mala fe de la convocada a juicio al considerar que los contratos dependían de la suscripción de sendos contratos con terceros.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, las partes se pronunciaron de la siguiente manera;

La apoderada de la parte **demandante** solicita se confirmen las condenas impuestas por el *A quo*, y se modifique el cálculo de la sanción moratoria, al considerar que, se encontraba acreditada la mala fe de la demandada.

La apoderada de la **empresa McGregor** solicita la revocatoria de la sentencia, al no encontrar configurados los elementos esenciales del contrato contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y el caudal probatorio recaudado; que entre las partes se celebraron sendos contratos de prestación de servicios y en ellos se exterioriza la voluntad de las partes; que el hecho de asignársele un cargo, funciones y capacitársele para su cargo, no pueden asimilarse a la existencia de un contrato de trabajo; al existir confidencialidad con la empresa contratante, se debía suministrar equipo para resguardar la información; en su sentir no se encuentra valorada en forma correcta la



prueba documental acopiada al cartulario; que los testigos de la parte actora tienen interés en las resultas del proceso.

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

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S, le corresponde a esta Sala entrar a verificar si entre el demandante y LA empresa JAHV MCGREGOR S.A.S. existió un vínculo de índole laboral como lo señaló el juez de conocimiento y en caso de no ser afirmativa esta premisa, establecer si es procedente revocar las condenas impuestas contra la convocada a juicio; adicionalmente, deberá estudiarse si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a partir del día siguiente a la finalización del finiquito contractual, o por el contrario, como lo reclama la parte actora en la alzada.

1. TACHA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

En audiencia celebrada ante el juez de conocimiento, se propuso la tacha de sospecha contra los testigos Jenni Grijalba y Luz Adriana Zapata Salazar.

Para resolver lo pertinente, preciso es advertir que el grado de consanguinidad, subordinación o incoar un proceso judicial, no descarta *per se* la declaración de quien la rinda, por cuanto, si bien su



testimonio debe ser revisado con mayor rigurosidad en razón de los vínculos e intereses que tengan los deponentes, también es cierto que los hechos narrados deben valorarse bajo los postulados de la sana crítica –*sistema de apreciación probatoria moderno*- y de la buena fe presunta (art. 83. Const. Pol.), principio de derecho que no puede desconocerse en este estadio procesal.

Así entonces, no se erige la tacha como una regla aritmética que proceda de manera inexorable cuando, quien rinda su testimonio acepte la presentación de una demanda, pues es el juez el llamado a formar libremente su convencimiento respecto de la prueba, inspirándose como ya se dijo, *en los principios científicos que informan la crítica de la prueba* (art. 61. Código Procesal del Trabajo y la S.S.), de no ser así, el operador de justicia sería simplemente un convidado de piedra en la actuación judicial, frustrando de contera el deber ser de su labor.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C – 790 de 2006 señaló que:

*“En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador ; **ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad,** “...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha.”, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil. (..)*

*En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. **Si ello fuere así, la labor del***



juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material.”

En cuanto a la tacha propiamente dicha, vale decir que el apoderado de la demandada, la alegó, frente a la prueba testimonial solicitada y practicada a favor de la parte actora, en el respectivo debate probatorio, abordaron el acervo de preguntas de manera tal, que el despacho pudo dilucidar la verdad real de los hechos controvertidos, llegando a las conclusiones jurídicas propias del juicio, entonces considera esta Sala de Decisión que no hay lugar a desestimar a ningún declarante.

Por lo dicho, se les dará el valor probatorio correspondiente a las declaraciones de los testigos de la parte actora, por cuanto se considera que la tacha formulada no es procedente, engrosando de esta manera el haz probatorio y así, será su dicho susceptible de valoración.

2. EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS

Con miras a resolver la *Litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST., dispone que «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana



del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate estima pertinente la sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual aparecen las siguientes documentales, dado que no fueron tachadas de falso ni reargüidas por la parte en los términos previstos en el artículo 269 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T:

- Contrato de prestación de servicios del 20 de diciembre de 2010 (fl. 26 y 172);
- carta de vinculación del 16 de diciembre de 2010 (fl. 30);
- contrato de prestación de servicios del 1 de enero de 2011 (fl. 31, 176);
- contrato de prestación de servicios del 13 de junio de 2012 al 30 de octubre de 2012 (fl. 35, 180);
- otro sí del 30 de octubre de 2012 – respecto a contrato del 13 de junio de 2012, (fl. 39, 184, 185);
- Certificado médico de aptitud (fl. 40);
- otro sí al contrato del 13 de junio firmado 29 agosto de 2014 (fl. 41);
- otro sí al contrato del 13 de junio firmado 14 diciembre de 2013 (fl. 42, 187);
- otro sí al contrato del 13 de junio firmado 29 diciembre de 2014 (fl. 43, 188);
- otro sí al contrato del 13 de junio firmado 30 diciembre de 2014 (fl. 186);



- acta de terminación y liquidación de mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicios. (Fl. 44, 193);
- Certificación empresa demandada, contratos celebrados entre las partes (fl. 45);
- Solicitud de permiso ante directora de recursos humanos (fl. 46 a 48);
- Contrato de trabajo a término indefinido iniciando el 1 de julio de 2016 (fl. 49, 194);
- Carta asignando funciones (fl. 53);
- carta de terminación del contrato laboral de fecha 15 de agosto de 2017 (fl. 54, 202);
- examen de egreso (fl. 55); Relación de entrega del cargo (fl. 56); acta devolución de equipo de cómputo (fl. 58); Liquidación contrato de trabajo (fl. 60, 203); comprobante de pago No. 0013751 (fl. 61); liquidación de nómina de segunda quincena de diciembre de 2016 a junio de 2017 y agosto de 2017 (fl. 62 a 75); manual de inducción (fl. 76 a 83); plantillas de control de visita técnica de aprovisionamiento (fl. 84); solicitud de ingreso a data center nap de las Américas (fl. 85 a 92); asignación de usuario y contraseña (fl. 93);
- Instrucciones para cambio de clave (fl. 94 a 98);
- Manual de políticas de seguridad dela información 27001 (fl. 99);
- Memorando interno (fl. 101);
- acta de descargos al demandante (fl. 105);
- acta diaria de visita de interventoria Jahv McGregor (fl. 108); relación entrega de elementos (fl. 109); paz y salvo de retiro (fl. 110);
- devolución de equipo pc (fl. 112, 113);
- Reclamación acreencias, radicado el 29 de marzo de 2019 (fl. 118);
- Acta reparto del 12 de abril de 2019 (fl. 122);
- formulario de afiliación a Positiva (fl. 164);
- Certificado de afiliación a Porvenir (fl. 164);



- Formulario de afiliación a SaludCoop en (fl. 165);
- Registro de entrenamiento realizado el 20 de diciembre de 2010 (fl. 167);
- Carta solicitando aplicación de retención en la fuente (fl. 170);
- Contrato de prestación de servicios del 1 de enero 2016 al 31 de diciembre de 2016 (fl. 189);
- Llamado de atención y descargos del 12 de enero de 2017 (fl. 198);
- Control de horario diario (fl. 200);
- planillas de pago de aportes a seguridad social, (fl. 204 a 214);
- Pago de honorarios (fl. 215).

De otra parte, la representante legal de la empresa Jahv McGrecor S.A.S., al momento de rendir interrogatorio de parte, indicó que, al actor le fueron asignadas funciones para desarrollar su labor; que, tanto el personal vinculado en forma directo por la empresa, como los contratistas, eran capacitados para desarrollar las funciones; que las labores desarrolladas no eran supervisadas, ni vigiladas; sin embargo, al indagársele sobre los informes rendidos por el reclamante y correcciones de estos escritos, le solicitaban ajustes, *“por el producto que exigía el cliente se tenía que entregar a satisfacción, por calidad y por prestación de servicio por la firma si se debe exigir calidad en el producto”*; que le suministró elementos de trabajo para desarrollar sus funciones *“nosotros tenemos que tener confidencialidad con el cliente, en estos momentos el ministerio de salud nos exigía que el personal tenía que estar bajo la seguridad de la información, bajo HANMAGREGO ya que es información confidencial a nivel nacional de todos los asegurados en su momento”*, en lo atinente a asignar una persona para que lo reemplazara en sus labores, ésta señaló que ello, no era posible; en lo atinente a la posibilidad de prestar los servicios a favor de otras empresas, señaló la representante legal que ello tampoco podía realizarse.

En lo atinente a la remuneración salarial, indicó que, para ello, se realizaba una negociación a la contratación inicial.



Que el trabajo era direccionado por el director de la empresa; que fue contratado por contrato de trabajo, para desempeñar las funciones en el cargo semi senior en el año 2016.

El demandante, a su turno, señaló que, se presentó a la convocatoria presentada por la empresa demandada, para apoyar en sistema, mantenimiento y reparación a la empresa demandada; que para acceder al empleo debió allegar documentos como independiente, con el fin de que le fuesen pagados los honorarios profesionales.

En principio fue contratado para trabajar en un proyecto y así se lo informó la empresa al momento de ser contratado, sin embargo, *“...al transcurso del tiempo dos meses, tres meses las acciones o las tareas que realizaba no eran las de la convocatoria exigida inicialmente, la contratación fue totalmente diferente en las labores a lo que exigía la vacante...”*; que la empresa le brindó asesoría o capacitación para desarrollar la labor e *“incluso en todas las capacitaciones estaba que teníamos que tener unas claves, contraseñas las cuales fueron asignadas al momento de ejecutar las tareas, claves para las plataformas y demás tipos de documentación para acceder a ellas”*.

Adicionalmente, informó que, la suscripción del contrato de prestación de servicios, sería solo por un tiempo, ya que, con el pasar del tiempo, este sería modificado, pero solo suscribían otro sí, entre uno y otro contrato. Tampoco ignora o desconoce la suscripción del acta de terminación de mutuo acuerdo, con la convocada a juicio, pero sí alega, que la firma del enunciado documento fue realizada con el fin de que le fuese cambiada la modalidad contractual suscrita en forma precedente.

Como el servicio prestado por el actor, era para desarrollar labores en el Fosyga, se le solicitó mantener confidencialidad de acuerdo a las cláusulas contractuales suscritas con Hajv McGregor S.A.S.; que



cumplía un horario y llenaba planillas, incluso, le indicaban la forma de vestir al momento de llegar a la empresa.

Para asistir a la empresa Nasa Center, le eran realizadas *“programaciones eran determinadas por el jefe de sistema, el jefe de sistema se coordinaba y nos envían al data center, no lo dijo en el orden que corresponde, nunca tomé la decisión de ir al data center siempre las tomaba el encargado o el jefe de sistema”*.

En forma mensual, debía *“...entregar unos productos, pero los productos no eran dados por la contratación, los productos eran dados por un cronograma de actividades que se debían realizar, que se debían ejecutar durante el mes para poder realizar todas las actividades que se encomendaban en su momento”*; en este punto, se debe resaltar, que el interrogado, indicó que, se debían realizar correcciones cuando a ello hubiere lugar.

Una vez suscrito el contrato de trabajo, en el año 2016, y durante la vigencia de este, le fue iniciado un proceso disciplinario, debido a que no salió a tiempo un vuelo que estaba programado y por ello, *“hubo un tema de que no pude llegar a tiempo fue un día por eso fue el motivo del disciplinario, del llamado de atención”*.

Que, a la finalización del vínculo laboral, le fue cancelada una liquidación, pero en ella no se tuvo en cuenta la totalidad del tiempo servido a la empresa.

La testigo de la parte actora, Jenny Isabel Grijalba, señaló en su oportunidad que fue compañera de trabajo del demandante, que prestó sus servicios desde diciembre de 2013 a diciembre de 2016; que este suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa McGregor S.A.S., al igual que la deponente y por ello, incoó demanda también contra la empresa enunciada.

En cuanto al servicio prestado por Elkis, informó que *“...trabajaba con la parte de tecnología, en la parte de sistema, él apoyaba en toda la labor de sistema en*



el proyecto Fosyga y en otros proyectos que le indicaba la firma...”; que las labores eran prestadas en “...la oficina en el Centro Internacional, allá era donde funcionaba el proyecto Fosyga, entonces él desarrollaba sus labores en las instalaciones que nos asignaba Jahv McGregor allá en ese Centro Internacional...”.

En lo relativo al horario de trabajo, señaló que, este *“ingresaba a las 8 de la mañana de 8 a 5 a 6, no recuerdo exactamente, pero sí tenía un horario de trabajo que cumplir”*; en caso de que el actor requiriera retirarse o ausentarse de su sitio de trabajo debía *“pedir el permiso a su jefe inmediato y bueno había que seguir un conducto regular, el jefe inmediato, luego al director del proyecto y por último a la doctora Roci la jefe de recursos humanos, pero si definitivamente no se podía ausentar, si no se pedía el permiso respectivo, o si no era un llamado de atención fijo”*.

Que el jefe inmediato del promotor de la Litis eran el Ingeniero Alejandro Medina y Luz Adriana Zapata era su jefe inmediato en calidad de trabajadores de Jahv McGregor; que le hicieron múltiples llamados de atención al señor Cuartas, por llegar tarde, estos fueron realizados en forma escrita y *“en muchas ocasiones fueron verbales, por correo electrónico la verdad utilizaba cualquier medio para llamado de atención”*.

Se exigía confidencialidades a los colaboradores en la gestión, sin embargo, esta era respecto *“...de la información referente al proyecto Fosyga, esa era la confidencialidad, pero ya un correo de un llamado de atención, pues creo que todo el mundo deja ver al compañero algo que le parece como oiga mire esto tan absurdo me están llamando la atención por esto o por lo otro, pero confidencialidad referente al proyecto a las labores del proyecto”*

Respecto a los elementos de trabajo, indicó que le había sido entregado *“computador, silla, escritorio, lugar de trabajo, si le entregaban todo eso”,* el lugar de trabajo de la declarante quedaba al lado de suyo; que las ordenes eran impartidas por el correo electrónico institucional, también por escrito o verbalmente.



Tanto a las personas vinculadas por contrato de trabajo, como los vinculados mediante contrato de prestación de servicios le era remitida la misma información al correo electrónico.

Los encargados de supervisar las labores desarrolladas por Elkis Luis, eran el jefe inmediato y el director del proyecto; durante toda la vinculación, tanto contractual como de trabajo, las tareas desarrolladas por el actor, no variaron.

Existía en la empresa, otro ingeniero con las mismas funciones del demandante, sin embargo, la contratación era diferente; que el servicio debía ser prestado directamente por el señor Cuartas Suárez; que debía asistir a las capacitaciones.

Luz Adriana Zapata Salazar, fue compañera de trabajo del actor desde el 2010 hasta el 2017; que Elkis era *“el ingeniero de soporte de dos grupos que yo coordinaba inicialmente fue en la subcuenta de solidaridad y el segundo fue en compensación”*; que presentó demanda contra la entidad convocada en el sub examine; respecto a las funciones desempeñadas por el demandante, *“de acuerdo con el contrato que tenía suscrito Javhv McGregor S.A.S. con el Ministerio de Salud y con la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cada momento, ellos exigían que el proyecto tuviera una sede en la que se desarrollará las labores, entonces ahí cada uno teníamos un puesto de trabajo, teníamos un computador asignado, unas funciones asignadas de acuerdo con los pliegos de licitación que fueron ganados pues y que correspondían al contrato suscrito entre Javhv McGregor S.A.S. y el ministerio...”*.

Directamente la testigo era la jefe del actor, y por ende sabía que él prestaba sus servicios a *“...diferentes áreas, para sistemas, para el área financiera y para ya la parte técnica que era el grupo en el que yo estaba, entonces él recibía órdenes de cada uno de esos jefes, adicionalmente como el proyecto formaba parte del organigrama digamos de HANMAGREGO en general, entonces nosotros también estábamos bajo las órdenes del director de sistema...”*



Consecuencia de lo anterior, la señora Zapata se encargaba de impartirle órdenes al señor Cuartas Suárez, entre las cuales se encontraba *“...realizar toda una serie de procesamiento y análisis de la bases de datos relacionados pues con el tema que cada uno tratábamos y el generaba unos cruces y unas auditoría para nosotros hacerlas frente a nuestro, a la compañía que nosotros le hacíamos interventoría, que era el objeto contractual del proyecto que lo hacíamos hacia el foyga, hacia el administrador fiduciario en ese momento y pues de ahí se generaban una serie de órdenes de mi parte para que el hiciera todos esos procesamientos de información, para que me entregara unos resultados específico y de ahí se generaban unos informes que nosotros presentábamos en forma mensual al Ministerio...”*.

La empresa McGregor S.A.S., le asignó elementos de trabajo, tales como computador y escritorio para desempeñar sus funciones, correo electrónico y para la entrega de dichos utensilios era necesario suscribir un acta de entrega, que a pesar de estar vinculados ingenieros en forma permanente y otros con contratos de prestación de servicios, en lo que ella veía *“... todos realizaban la misma actividad pues no había ninguna distinción entre eso y pues todos manejaban las mismas bases de datos y todos cumplían, pues cada uno en su especificidad y dentro de los procesos que manejaba, pero era igual no había ninguna distinción”*.

En lo tocante a la autonomía del demandante, señaló que, ello no era así porque *“eran cosas muy puntuales muy específicas y pues yo siempre estaba pendiente de que se estuviera cumpliendo con esas órdenes para ir adelantando las actividades que se conllevarán al cumplimiento de ese cronograma y planes de trabajo que teníamos establecidos en forma semanal o sea los resultados tenían que producirse en forma semanal, entonces las actividades debían realizarse en forma diario, entonces yo tenía que estar todo el tiempo pendiente de que se emitieran los informes correspondientes a esos productos, pero pues además como les comentaba había tema de correspondencia, de requerimientos puntuales de reuniones de visitas, de auditoría, de visitas de interventoría de reuniones con el ministerio, entonces era una labor diaria que tenía que ser informada y programada a diario”*.

Que los memorandos eran remitidos directamente por las directivas por intermedio de la parte administrativa; que si el actor no llegaba al sitio



de trabajo esto era *“bastante traumático porque por ejemplo habían cosas que tenía que iniciarse a una hora determinada porque los procesamiento de información duraban bastante tiempo y tenían unas etapas específicas, entonces él tenía que estar ahí pendiente todo el tiempo del siguiente paso y pues esos pasos no los podía ejercer cualquier persona, ni siguiera otra persona del interior del proyecto, si no que tenía que ser Elkis porque él tenía digamos la experticia en el tema”*.

Es reiterativa la deponente al señalar que las labores eran ejercidas por el demandante en forma personal; que debían asistir a capacitaciones en forma periódica y de no presentarse a estas reuniones le hacían un llamado de atención

Al indagársele sobre quien la había designado como jefe del actor, indicó que *“desde los mismos pliegos de la licitación estaban conformado como el organigrama del proyecto entonces cuando a mí me nombraban en la misma licitación estaba establecido y la parte contractual estaba establecido que debería haber un grupo en el caso de solidaridad que tuviera conformado por dos ingenieros de sistema un contador y se fueron conformando los grupos y me dijeron esta son las personas que se le asignan a usted y con la que debe adelantar esas labores y así se hizo durante todo el tiempo”*, respecto a la rendición de cuentas o informes que debía presentar el señor Cuartas, esto debía realizarlo a otros jefes, porque en cada área tenían asignadas obligaciones con los ingenieros de sistemas.

Que el actor le informó *“...que necesitaba retirarse por la muerte o enfermedad de la mama, entonces estuvo unos meses por fuera creo que viajo a la ciudad natal donde estaba la mamá y ahí estuvo y después fue vinculado nuevamente”*.

Norberto Pérez Combariza, trabajó en un proyecto con el actor, aunque no tiene certeza de los extremos temporales en que el demandante prestó sus servicios por contrato de prestación de servicios y laboral; al establecer las labores ejecutadas por el señor Elkis, indicó que, en un principio, *“...como contrato de prestación de servicios apoyaba un tema asistencia en la parte de tecnología como el seguimiento de los equipos, si un tema de auxiliar, técnico en las actividades de tecnología, lo que tenía que ver con los temas de sistemas, y*



cuando estuvo en la etapa laboral él se había graduado como ingeniero y entonces ahí nos apoyó en un tema que tenía que ver con el de un proceso de la cuenta de compensación del Fosyga, apoyando allí las actividades de revisión de las bases de datos...”

Que la empresa convocada a juicio tenía personal contratado por prestación de servicios y otros con contrato de trabajo, pero no sabe el motivo por el cual se hacía esa diferenciación en la empresa convocada; que el servicio fue prestado *“en dos partes uno en la calle 30 # 6-22 y a partir del 2014 en la carrera 7 con 27-52”*.

El horario era cumplido o exigido a las personas vinculadas con contrato de trabajo y respecto a las personas vinculadas con contrato de prestación de servicios no, sin embargo, *“..tenían que dar cumplimiento a las labores a las cuales había sido contratadas...”*.

Frente a la ejecución de funciones fue claro en precisar que, el promotor de la litis tenía conocimiento del cronograma con las actividades asignadas y el tiempo con el que disponía para ejecutar el mismo. En lo atinente a la supervisión al actor frente al cumplimiento del objeto contractual, señaló que, *“la supervisión de que cumpliera con las actividades que había sido contratada con Jahv McGregor...”* y el experto era el encargado de verificar el cumplimiento de las actividades, que eran el ingeniero Noe Cárdenas y en la parte de compensación estuvo con Luz Adriana Zapata. Los expertos eran los que coordinaban o asignaban las funciones al demandante.

El actor debía rendir informes con estándares indicados por el Ministerio de Trabajo; que no se ejecutaban procesos disciplinarios contra el señor Elkis; que también apoyó a otros proyectos dentro de la misma empresa.



Sandra Puentes Méndez, en su oportunidad señaló que, trabaja para la demandada, y trabajó con el actor con el proyecto del Fosyga, que él hacía parte del equipo de tecnología, que Jenny Grijalva hacía parte del equipo de trabajo de la deponente; la empresa le asignó un equipo de computación a cada colaborador.

Que Luz Adriana era parte del área de compensación, pero no sabe si ella le daba órdenes al actor; la información remitida era a un correo electrónico institucional, debido a que se manejaba información sensible frente a usuarios y/o afiliados al sistema de seguridad social en salud a nivel nacional.

En los anteriores términos, no advierte esta Colegiatura el yerro jurídico que se le enrostró al juzgador de conocimiento, al encontrar acreditada la subordinación, al saltar en forma palmaria tal situación de la prueba testimonial recaudada a favor de las partes; el propio interrogatorio de parte rendido por los extremos litigiosos y la voluminosa cantidad de cuentas de cobro presentadas por el demandante a la demandada con el fin de que le fuese pagado por el servicio prestado.

Debe advertir esta Sala de Decisión que, de vieja data se ha establecido que al trabajador le basta con alegar la existencia de un contrato de trabajo y consecuencia de ello, se traslada al demandado o presunto empleador, la obligación de desvirtuar la subordinación que existió entre las partes.

Por otro lado, la H. Corte Suprema de Justicia, ha plasmado en diversos pronunciamientos que, para diferenciar entre un contrato de prestación de servicios y uno de índole laboral, se tienen que evaluar varios aspectos, los cuales se pasan a exponer en forma concreta,



- La prestación del servicio bajo un control o supervisión de un tercero, en el sub examine, los testigos convocados por las partes intervinientes en el litigio, fueron coincidentes en afirmar que el actor, tenía unos jefes inmediatos y un supervisor de trabajo. Situación que se corrobora con lo dicho por el señor Norberto Pérez (testigo parte demandada), cuando señaló que, él se encargaba de supervisar las actividades del señor Elkis en los proyectos que se estaban ejecutando por la empresa (CSJ SL4479-2020).
- Otro punto objeto a resaltar es la exclusividad en el servicio prestado, de acuerdo a lo dicho por los señores, Luz Adriana, Jenny Isabel y por el mismo señor Norberto Pérez, las labores debían ejecutarse a menos de 1 kilómetro de distancia del Ministerio de Salud y debía garantizarse de acuerdo al cronograma de actividades (sentencia CSJ SL460 de 2021).
- Disponibilidad del trabajador, en este aspecto, debe decirse, que de la prueba testimonial recaudada se tiene que el actor, aparentemente se podía ausentar de sus labores, pero ello, repercutía en un traumatismo en las labores asignadas y establecidas en el cronograma de actividades, por cuanto, él debía estar disponible para atender inquietudes o servicios contratados con el proyecto Fosyga.
- En lo tocante a la aplicación de sanciones, aunque los testigos de la parte demandada, señalaron que al ser un contrato de prestación de servicios, no era objeto de procesos disciplinarios el actor, sin embargo, los demás deponentes son claros en señalar que le eran realizados llamados de atención en forma verbal, por llegar tarde al sitio donde prestaba sus servicios.
- Respecto a la prestación del servicio en forma continua, es un hecho indiscutido, dado que, de la prueba testimonial se logra concluir tal situación, máxime, que el mismo señor Norberto, señaló que, a pesar de que existieron múltiples contratos



celebrados entre la demandada y terceros, se continuó necesitando los servicios del actor en el área de informativa en forma permanente y tal hecho se corrobora con los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos entre los contradictores en forma continua (sentencia CSJ SL981-2019).

- Las labores debían ejecutarse en las instalaciones de la empresa McGregor S.A.S., debido a los requerimientos efectuados por las entidades a las que se prestó los servicios y dada la información sensible y confidencial que se manejaba (sentencia CSJ SL4344-2020).
- En cuanto al suministro de herramientas y materiales, en este punto, resultan coincidir todos los deponentes, al informar que al actor le entregaron un computador y asignaron un sitio de trabajo para poder desarrollar la labor contratada (sentencia CSJ SL981-2019).
- Por otro lado, no se puede pasar inadvertido que, el actor desempeñaba el cargo de técnico en sistemas en la empresa McGregor S.A.S., y consecuencia de ello, debía estar atento a los requerimientos que efectuaran los expertos o encargados de cada área (sentencia SL, 24 de agosto de 2010, Rad. 34393).
- Que recibía una remuneración por los servicios prestados, conforme a la información registrada en los contratos de prestación de servicios suscritos.

Así las cosas, para esta Sala de Decisión se encuentra más que acreditados, los elementos esenciales del contrato del señor Elkis Luis Cuartas Suárez a favor de la empresa Jahv McGregor S.A.S., por lo que, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA



La acreencia laboral que debate la activa se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sin embargo, la parte promotora de la litis se manifiesta inconforme con la decisión adoptada por el A quo, al reconocer los intereses moratorios y no un día de salario por cada día de retardo.

De cara a lo anterior, necesario es reseñar que al detallarse probado el salario para el año 2017 en cuantía de \$2.100.000, será aquel el que permitirá la realización del *quantum* moratorio.

Así, le incumbe el otorgamiento de la indemnización de que trata el art. 65 del CST, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo a razón de un valor diario de **\$70.000** desde la terminación del nexo, es decir, a partir del 16 de agosto de 2017 y hasta que se satisfagan las prestaciones sociales debidas declaradas por el Juez de primer grado, en la medida que la H. Corte Constitucional en el estudio de exequibilidad del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, advirtió que el pago de un día de salario por cada día de retraso debe ir hasta la fecha efectiva de pago, siempre y cuando la parte demandante presente el *libelo incoatorio* dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral, tal como acaeció en el presente asunto (presentó la demanda el 12 de abril de 2019 y el contrato feneció en agosto de 2017).

COSTAS:

Se condenará en costas a la parte demandada, JAHV McGregor S.A.S, y a favor de Elkis Luis Cuartas Suárez. Liquidense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito, dentro del proceso adelantado por ELKIS LUIS CUARTAS SUÁREZ contra JAHV MCGREGOR S.A.S., para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada, a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma de \$70.000 diarios, por concepto de indemnización moratoria a partir del 16 de agosto de 2017 y hasta cuando se verifique el pago de las acreencias laborales.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. CONDENAR en costas en esta instancia a la empresa Jahv McGregor S.A.S., y a favor del demandante.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint circular stamp.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Baron Corredor", is written over a faint circular stamp.

LUIS ALFREDO BARON CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JAHV McGREGOR S.A.S., y a favor del demandante, ELKIS LUIS CUARTAS SUÁREZ en la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ** CONTRA **RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S. Y MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO PINZÓN** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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: El señor **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo que lo ató con el demandado **MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO PINZÓN** en el interregno comprendido entre el 20 de mayo de 2017 y el 5 de mayo de 2019, en virtud del cual fue beneficiaria la sociedad comercial **RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S.**; como consecuencia de la anterior declaración, solita se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas y no pagas en vigencia del vínculo contractual, junto con las vacaciones y la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., indemnización por perjuicios ante la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, pago de las cotizaciones a salud, pensión y riesgos laborales, sanción por falta de consignación de las cesantías, indemnización moratoria, dineros descontados mensualmente por concepto de retención en la fuente, las costas y agencias en derecho. (fls. 4, 6 y 8).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 y 7 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que prestó los servicios para el señor Miguel Ángel Chaparro Pinzón mediante contrato de trabajo, a partir del 20 de mayo de 2017, quien lo remitió a través del Grupo Empresarial Mac S.A.S. a laborar al establecimiento de comercio denominado Restaurante Bar Chalett Suizo, ubicado en la calle 118 No. 5-51 de Bogotá, para desempeñarse como mesero, de lunes a domingo de 10 a.m. a 11 p.m., lo cual implicó la prestación del servicio durante 21 horas extras diurnas y 21 horas extras nocturnas a la semana, siendo ello compensado con el pago de \$300.000 quincenales, pese a que tal suma le correspondía por concepto de propina de clientes. Refiere que el señor Miguel Ángel Chaparro dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo cambio de modalidad contractual, el



cual por su propia iniciativa fue denominado contrato de prestación de servicios, no obstante, continuó desempeñando las mismas funciones de mesero dentro del mismo horario de trabajo. Que su asignación mensual ascendió a la suma de \$1.300.000 más las propinas y horas extras. Indica que el 5 de mayo de 2019 fue despedido por su empleador, quien para el efecto adujo el grado de alicoramiento en el que se encontraba durante el desarrollo de sus labores. Que los demandados y el Grupo Empresarial Mac S.A.S., tienen idéntica actividad económica, cual es la explotación comercial de manipulación, preparación y venta de comida y licores. Manifiesta que su empleador no lo afilió ni efectuó los aportes que corresponden al Sistema de Seguridad Social, e igualmente, no le reconoció las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a las cuales tenía derecho. Concluye afirmando que durante la vigencia de la relación laboral le fueron efectuados descuentos por retención en la fuente, pese a que no se encontraba obligado a ello.

CONTESTACIÓN: El demandado **MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el actor celebró contrato de prestación de servicios profesionales con el Restaurante Bar Chalett Suizo, del cual el señor Chaparro era empleado, en virtud del cual el accionante de manera autónoma desarrolló los oficios propios del objeto contractual, pues comparecía cuando así lo disponía, y es por ello que nunca se le exigió excusas, incapacidades o solicitud de permisos. **Excepciones:** Propuso como medio exceptivo el que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva. (fls. 36 a 43).

Mediante auto del 23 de abril de 2021 el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte del demandado **RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S.** (fl. 108).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 9 de junio de 2021 resolvió **absolver** a los demandados de las pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas al demandante (Cd. a folio 115).

Lo anterior por considerar el A quo que, conforme al litigio planteado el demandante persigue la declaración de un contrato de trabajo con Miguel Ángel Chaparro Pinzón, precisando que Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S. fue llamado como responsable solidario de las eventuales condenas, de manera que a fin de resolver tales pretensiones, no se aportan pruebas de la prestación personal del servicio por parte del accionante a favor del señor Miguel Chaparro, pues de lo probado se advierte una eventual prestación del servicio a favor de una persona diferente, esto es, del Restaurante Bar Chalett Suizo, respecto del cual la persona natural en mención fungió como representante legal. Concluyendo que no es procedente acceder a las pretensiones planteadas, ni impartir condena contra el señor Miguel Chaparro, y de contera, contra el Restaurante Bar, sin perjuicio que el actor pueda promover una nueva demanda, dado que en relación con la persona jurídica llamada a la acción, su absolución se circunscribe a la responsabilidad solidaria.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar que *«(..) es de público conocimiento para alguien que esta dentro de la Rama Judicial que el juez está en la obligación de estudiar la demanda e interpretar la demanda, sentencia tanto de la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral como de la Corte Constitucional, señalan eso, que una de las funciones obligatorias del juez es interpretar la demanda, de un*



lado; de otro, al señor juez se le olvida por completo el artículo 34 numeral 3° del CST, determina, el artículo 35 determina el que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador si no lo hiciera responderá solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas, desde este punto de vista pues vemos que la sentencia es absolutamente errada, contradice como lo dije en un principio la ley y al jurisprudencia y la doctrina. Igualmente, el señor juez desconoció el numeral 3° del artículo 34 del CPT que para este caso en la audiencia del artículo 77 estuvimos prestos a que se declarara señor juez que la no contestación de la demanda en la forma y términos que exige el artículo 31 lleva como consecuencia que esos hechos se tendrán como ciertos, luego, si se ignoraran estas dos situaciones, no se le puede aplicar como norma supletoria por el artículo 141 el artículo 181 del CGP porque eso es para materia comercial y civil, esto es laboral señor juez, donde prima el artículo 53 de la Constitución Nacional los derechos del trabajador, no por una simple interpretación por un simple fallo, se le desconozcan los derechos ciertos e indiscutibles».

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: El apoderado del demandante **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ**, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, aduciendo que Pinzón Chaparro, en momento alguno demostró que hubiera dado cumplimiento al art. 35 numeral 3 del C.S. del T., declarando esa condición, por lo que, como dice la norma, debe responder "*solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas*". Agrega que, existió contumacia de la parte demandada declarada por el *a quo* en la celebración de la audiencia de que trata el art. 77 del CPL, por el no cumplimiento en la contestación de la demanda de los requisitos del art. 31 *ejusdem*, presunción que no fue



desvirtuada por la parte demandante. Precisa que conforme a la doctrina y la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, el fallador, con soporte en la autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar de manera integral el escrito, extrayendo el verdadero sentido del documento y el alcance de la protección judicial solicitada, motivo por el que se acude a la jurisdicción. Sostiene que no es creíble que el *a quo* habiendo encontrado como beneficiario del servicio personal del actor, como da cuenta el haz probatorio, ello es al Restaurante Chalet Suizo, también lo absuelva.

Parte demandada: El apoderado del demandado **MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO PINZÓN** refiere que la fecha en que se aduce la relación laboral, la persona natural convocada se determinaba como trabajador de la sociedad RESTAURANTE Y BAR CHALET SUIZO SAS, según se prueba con el contrato laboral de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes el día 1º de junio del 2014; inclusive, en el mismo contrato de prestación de servicios que allega el demandante (obrante en folio 13 de la demanda), se pudo evidenciar que el contratante es el RESTAURANTE Y BAR CHALET SUIZO SAS y que MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO era únicamente su representante legal. Aduce que el señor CHAPARRO en ninguna medida está llamado a responder en el caso de marras, y cualquier aporte que determine al proceso es posible en relación al conocimiento cercano de la relación contractual de prestación de servicios sostenida entre el demandante y la sociedad RESTAURANTE Y BAR CHALET SUIZO SAS, de la cual se determina como administrador, cargo que fuera del honor que representa, no deja de ser en el fondo una relación laboral en la cual es un simple empleado, al que no se le puede predicar responsabilidad solidaria alguna



Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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 como problema jurídico a resolver si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral entre el 20 de mayo de 2017 y el 5 de mayo de 2019.

De ser afirmativa la anterior premisa, establecer si resulta procedente la fulminación de condena en torno a las acreencias laborales pretendidas, y si respecto de ellas debe la sociedad demandada concurrir como responsable solidaria.

RELACIÓN LABORAL

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el



artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST, «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual obra liquidación de contrato de trabajo emanada de la demandada Restaurante Bar Chalett Suizo, en cuyo contenido se reconoce a favor del empleado Luis Carlos Bonilla Ramírez prestaciones sociales y vacaciones, por su labor desempeñada como mesero entre el 20 de mayo y el 13 de agosto de 2017. (fols. 19 a 20).

Igualmente, a folios 61 a 63 obra contrato de servicios profesionales suscrito entre el demandante y el representante legal del Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S., el señor Miguel Ángel Chaparro Pinzón, en el cual se estipuló como objeto contratar los servicios del contratista para que efectúe la función de mesero de la empresa, a cambio de un valor de \$1.000.000 desde el 1º de noviembre de 2017; además, obra a folio 64 acuerdo de pago celebrado por las mismas partes, en el que se pactó: «1. EL EMPLEADOR otorgará un pago quincenal en dinero por concepto de propina. Dicho pago aunque será de carácter habitual, es de naturaleza extralegal y sobre esta las partes disponen que no constituye salario, teniendo



que dichos valores no serán inferior (sic) a la suma de trescientos mil pesos (\$300.000)».

También se constata contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre el demandado Miguel Ángel Chaparro Pinzón y el Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S., en el que se pactó que este se desempeñaría el cargo de administrador desde el 1º de junio de 2014 (fls. 58 a 60).

Por otro lado, se recaudó interrogatorio de parte del señor Miguel Ángel Chaparro Pinzón, quien afirmó que ostentó la calidad de Gerente del punto de Usaquén del Restaurante Bar Chalett Suizo, en donde el actor de vez en cuando hacía turnos como mesero; que el convocante llegaba cuando deseaba porque tenía problemas con el alcohol; que desconoce si al señor Luis Carlos Bonilla le pagaban \$40.000 o \$50.000 diarios, ya que no manejaba los pagos. Refiere que no recuerda cuánto tiempo estuvo prestando sus servicios el accionante para el Restaurante Bar, acotando que ello fue entre el 2017 y el 2019; que firmó un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios con el demandante por determinación de la asamblea del Restaurante Bar. (Cd. a folio 115).

Por su parte, el demandante en su interrogatorio afirmó que el señor Miguel Ángel Chaparro Pinzón, lo contrató a través de la aplicación Computrabajo para prestar sus servicios como mesero en el Restaurante Bar Chalett Suizo, de domingo a domingo con descanso los días lunes; que inicialmente firmaron un contrato que fue liquidado y en virtud del cual se le pagaba un salario mínimo, no obstante, continuó prestando el servicio, hasta que en noviembre se le hizo firmar otro contrato que no sabía para qué era, acotando que a partir de allí le reconocieron la suma mensual de \$1.300.000. Que la relación terminó porque así lo decidió el señor Miguel Ángel, bajo el argumento de encontrarse en estado de alicoramiento; que respecto del segundo contrato no se le pagaron prestaciones ni aportes al Sistema General de Seguridad Social; que el demandado Miguel es el propietario del



Restaurante Bar y era él quien le pagaba su salario en efectivo (Cd. a folio 115).

A su turno, compareció al proceso la señora Flor Mireya Bonilla Ramírez, quien declaró en calidad de hermana del actor; afirmó que el señor Luis Carlos empezó a trabajar en el Restaurante Bar Chalett Suizo desde mayo de 2017 hasta el año 2019, lo cual le consta porque ella residía con él y lo recogía en algunas ocasiones. Que el demandante tenía turnos todos los días, y descansaba un día a la semana; que su hermano le contaba cómo era su jornada laboral (Cd. a folio 115).

Por otra parte, el señor Henry Caro, en calidad de vecino del demandante, afirmó que este le contó que para el año 2017 había ingresado a trabajador en el Restaurante Bar Chalett Suizo, en donde cree que laboró por el interregno de dos años, atendiendo las mesas y el bar; que el actor laboraba todos los días, lo cual le consta porque el testigo durante un tiempo trabajó cerca, en un almacén de eléctricos (Cd. a folio 115).

De lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar que tal y como lo concluyó el *a quo* el contrato de trabajo alegado no está llamado a ser declarado entre el demandante y el señor Miguel Ángel Chaparro, como quiera que de las documentales y del interrogatorio de parte rendido por el demandado en mención, es claro que el señor Bonilla Ramírez prestó sus servicios personales en calidad de mesero a favor de la convocada Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S., de la cual el señor Chaparro fungía como representante legal, pues así emana del contrato de prestación de servicios visible a folios 61 a 63 y del certificado de existencia y representación legal (fls. 11 a 12).

Por manera que, la Sala comparte la posición del Juzgado de Conocimiento en cuanto resolvió absolver de las pretensiones



invocadas al demandado Miguel Angel Chaparro, quien dentro de la cuestión planteada, solo actuó como un simple administrador de la sociedad llamada a la acción, en los términos del artículo 32 del CST.

Empero, no comparte el Colegiado la posición del *a quo* de no fulminar condena alguna en el *examine* respecto de la sociedad convocada, bajo el abrigo de las pretensiones formuladas en el *libelo* genitor, en las cuales se solicitó considerar a Restaurante Bar Chalett Suizo como solidaria responsable de las obligaciones laborales emanadas de la relación laboral alegada con el señor Miguel Ángel Chaparro, pues pese a que esa fue la forma en como se plantearon los pedimentos y se fijó el litigio, lo cierto es que en el hecho segundo de la demanda (fl.6), claramente se indicó que el demandado Miguel como persona natural a través del Grupo Empresarial Mac SAS envió al actor a trabajar al Restaurante Bar Chalett Suizo, siendo diáfano que desde el escrito inicial se refirió la prestación personal del servicio del convocante a favor de dicha sociedad, la cual en todo caso se encuentra claramente demostrada, no solo a través del contrato de prestación de servicios allegado a las diligencias, sino también por vía de un contrato de trabajo, vínculos que el señor Miguel Ángel Chaparro aceptó suscribir por orden y en representación de la asamblea del Restaurante Bar Chalett Suizo.

De suerte que, no podía el sentenciador de primer grado dejar de lado lo emanado de las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas, en tanto claramente se demostró que el actor celebró un contrato de trabajo con la empresa demandada y adicionalmente, prestó sus servicios por virtud de un contrato de prestación de servicios, que automáticamente, da paso a la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST, la cual no se encuentra desvirtuada por el Restaurante Bar Chalett Suizo, a quien dicho sea de paso, se le tuvo por no contestada la demanda.



Y es que, si bien el juzgador debe atender el principio de congruencia, el cual impone la obligación de resolver la controversia planteada dentro de los precisos límites de lo pedido, lo cierto es que puede ocurrir que la solución jurídica resultante del examen fidedigno, sin alteración de los hechos y con respaldo en el ordenamiento normativo, sea distinta a la propuesta por la parte activa, tal y como así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia entre otras, en la sentencia SL3691-2020, a saber:

*«Ahora, frente a la situación antes planteada, no debe olvidar el recurrente que si bien la causa petendi de la demanda inicial, está conformada por las razones de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones, y que el sentenciador conforme al principio de congruencia, no puede alterar o cambiar los hechos o las súplicas para entrar a decidir en uno u otro sentido, y darle la razón al demandante o al demandado, también lo es que en materia laboral, la referida regla cuenta con una excepción, ya que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las denominadas facultades extra y ultra petita que consagra el citado artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, **facultad que también tiene el fallador de segundo grado, cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador** (...)»*

Dicho de otro modo, las normas y argumentos jurídicos sostenidos en la demanda no son vinculantes para el fallador, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se controvierte.

Ciertamente es conocido de tiempo atrás el aforismo «dadme los hechos y yo os daré el derecho», de manera que como lo ha reiterado esta Sala en múltiples ocasiones, le corresponde al juez al resolver el litigio a partir de los hechos acreditados en el plenario, subsumirlos en la norma que consagra el derecho en discusión, dado que conforme al mandato superior del artículo 230 constitucional «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...». Véanse entre otras las sentencias: CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 38224; CSJ SL, 14 oct. 2009, rad. 33352, CSJ SL, 03 dic. 2007, rad. 2962, y 21517 del 27 de julio de 2005». (Resalta la Sala).

En igual sentido, en la sentencia SL2010-2019, la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

«(...) Para tales efectos, lo primero que resulta pertinente resaltar es que el principio de consonancia hace parte de un conjunto de reglas



procesales pensadas por el legislador para lograr un proceso laboral dinámico, dotado de coherencia y de reglas de razonabilidad mínima.

En efecto, si se le quiere representar de cierta forma, el proceso laboral debe ser visto como un conjunto de actos y reglas encaminados a lograr la administración de justicia y la adjudicación del derecho, que se ve permanentemente atravesado y delineado por un continuo diálogo de sus interlocutores y una importante labor de dirección por parte del juez. En ese devenir, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso.

Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. Así, por mencionar algunos de dichos instrumentos, en el proceso ordinario laboral se le exige a la parte demandante la indicación de lo que pretende, expresado con precisión y claridad, junto con la relación de los hechos y omisiones que le sirven de fundamento y las pruebas que pretenda hacer valer (artículo 25 del CPTSS); a la parte demandada le es imperioso pronunciarse explícitamente sobre esas pretensiones y hechos, aclarando las razones de su respuesta (artículo 31 del CPTSS); y, en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016).

En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador faculta al juez del trabajo para «...rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito...» (artículo 53 del CPTSS) y lo obliga a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas y probadas. (Ver principio de congruencia, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso. Igualmente, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 30207).

En iguales términos, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del CPTSS, en concordancia con el 57 de la Ley 2 de 1984, el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia debe ser adecuadamente sustentado (CSJ SL9512-2017). Es decir, sobre el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras).

Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarlo, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. Es decir que, por regla, como lo reclama la censura, a pesar de que el recurso de apelación no es un medio de impugnación técnico, que deba seguir formas rigurosas, al hacer uso del mismo el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. Ha dicho la Corte en este punto que «...la sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.» (CSJ SL, 26 jun. 2006, rad. 26936).

En concordancia con lo anterior, a partir del artículo 66 A del CPTSS, el legislador restringe la competencia del juzgador de segundo grado al análisis de «...las materias objeto del recurso de apelación...», lo que, según ha precisado esta sala de la Corte, supone que «...le está vedado a dicho fallador pronunciarse sobre aspectos ajenos o extraños a éstos, pues ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones...», lo cual, sin embargo, no significa que «...no pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica proponga la parte recurrente, por lo que si bien debe someterse en estricto rigor a las temáticas apeladas y sustentadas, no necesariamente debe acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico propuesto por la parte...» (CSJ SL13260-2015).

Como ya se dijo, a partir de esta gama de institutos procesales, el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. A este propósito contribuyen otro tipo de principios como el de buena fe, la confianza legítima y el respeto de los actos propios, que constituyen importantes exigencias de lealtad en el actuar procesal de las partes (CSJ SL13256-2015 y CSJ SL870-2018).

En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso. Vale la pena aclarar, no obstante, que estas reglas procesales encuentran excepciones precisas en las facultades del juez de primera instancia de emitir fallos ultra o extrapetita; en el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador y de ciertas entidades del Estado; **y, en general, en el imperativo de hacer prevalecer el derecho sustancial en tratándose de derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de trabajadores y afiliados al sistema de seguridad social.** » (Resalta la Sala).*

Conforme al criterio jurisprudencial en referencia, debe referir el Tribunal que ante la clara demostración de la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad convocada en el interregno comprendido entre el 13 de agosto de 2017 y el 20 de mayo de 2018, así como la prestación personal de los servicios del trabajador a favor de tal convocada desde el 1º de noviembre de 2017, que se presume tuvo lugar dentro del marco de un contrato de trabajo, al ello no ser desvirtuado, no podía el *a quo* despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el Restaurante Bar Suizo no fue convocado al proceso como empleador, y menos aun cuando dicha situación fáctica, claramente involucra derechos mínimos y ciertos del trabajador que no pueden ser desconocidos por las partes y mucho por el Juzgador.

Por tal motivo, procederá a analizar el Colegiado los derechos que al actor le asisten, partiendo de la certeza que quien fungió como empleador en el presente caso, lo fue el Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S. conforme a las razones expuestas, frente a lo cual en todo caso, debe precisarse desde ya que no es posible reconocer la existencia de un solo vínculo laboral, pues si bien no hay duda que el demandante y la citada celebraron un contrato de trabajo desde el 30 de mayo de 2017, como da fe el legajo visto a folio 20, y fue ello aceptado por el señor Miguel Chaparro; lo cierto es que la relación en referencia fue liquidada por la empleadora, el 13 de agosto de 2017, según así lo refiere esa misma documental y lo confesó el demandante en su



declaración de parte, siendo importante agregar que no existe prueba de la continuidad en la prestación del servicio hasta el 1° de noviembre de 2017, fecha esta en la que tales partes celebraron el contrato de prestación de servicios, pues de ello solo da cuenta la testigo Flor Mireya Bonilla Ramírez, quien pese a indicar que su hermano trabajó desde mayo de 2017 hasta el año 2019, lo cierto es que esa declaración no le aporta credibilidad a la Sala de Decisión, toda vez que a la testigo no le constan los hechos directamente, al no laborar para el Restaurante Bar y por cuanto solo recogía en algunas ocasiones al convocante en su lugar de trabajo, como así lo precisó.

En ese orden, la Sala revocará la decisión impugnada, para en su lugar ,reconocer la existencia de dos contratos de trabajo entre el extremo activo y la empresa llamada a juicio, ejecutados entre el 20 de mayo y el 13 de agosto de 2017, y entre el 1° de noviembre de 2017 y el 5 de mayo de 2019, fecha esta en la cual el convocante renunció tal y como este indicó en la comunicación de fecha 21 de mayo de símil año (fl. 21).

PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES RECLAMADAS.

Sobre este reclamo, ha de reiterar el Tribunal que en cuanto al primer contrato de trabajo, se encuentra aportada su correspondiente liquidación allegada por el mismo demandante, en la cual se refiere el reconocimiento de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, por un total de 83 días y tomando como base el salario de \$737.717 y un auxilio de transporte de \$83.140; por manera que sobre tal relación laboral no se advierte que exista saldo a favor del demandante, en tanto que una vez realizados los cálculos aritméticos correspondientes, se constata que la suma total reconocida al trabajador de \$718.749 se encuentra ajustada a derecho (fls. 19 a 20).



En punto al segundo contrato de trabajo, ha de indicarse que es procedente el reconocimiento de los emolumentos objeto de análisis, al no existir prueba alguna de su pago, lo cual habrá de calcularse sobre el salario de \$1.300.000, como quiera que en el contrato de prestación de servicios se pactó el valor de \$1.000.000 por concepto de honorarios (fl. 61 a 63), siéndole además pagada al demandante la suma adicional de \$300.000, sobre la cual si bien obra pacto de exclusión salarial (fl. 64), lo cierto es que el mismo no está llamado a surtir efectos, en tanto ese valor era habitual como allí se refiere y tenía como sustento el reconocimiento de propinas, siendo claro que estaba llamado a remunerar la labor del demandante.

Así las cosas, dentro de los extremos comprendidos entre el 1º de noviembre de 2017 y 5 de mayo de 2019, habrá de impartirse condena por los siguientes conceptos y cuantías:

Cesantías	\$	1.968.056
Intereses	\$	236.167
Primas de servicios	\$	1.968.056
Vacaciones	\$	982.222
Total	\$	5.154.500

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como quiera que el Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S no demostró el pago de los aportes al Subsistema de Seguridad Social en pensiones a favor del trabajador, sobre ninguno de los contratos de trabajo aquí demostrados, se ordenará que proceda a cancelar el cálculo actuarial, que para el efecto expida la Administradora de Pensiones a la cual se encuentre vinculado el actor, por las cotizaciones a pensión para el interregno del 20 de mayo al 13 de agosto de 2017, sobre un salario de \$737.717 (fl. 20) y para el interregno del 1º de noviembre de 2017 y el 5 de mayo de 2019, sobre una base salarial equivalente a \$1.300.000.



Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

Igualmente, ante la falta de demostración del pago de los aportes a salud se condenará a su reconocimiento, en virtud del principio de solidaridad, según el cual los afiliados del régimen contributivo, deben concurrir en la financiación del régimen subsidiado, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1064-2018: al indicar:

«Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015) ».

De suerte que, la Sala procede a recoger el criterio que venían asumiendo de abstenerse de reconocer tales aportes, y en su lugar, ordenará su pago para el interregno del 20 de mayo al 13 de agosto de 2017, sobre un salario de \$737.717 (fl. 20) y para el interregno del 1º de noviembre de 2017 y el 5 de mayo de 2019, sobre una base salarial equivalente a \$1.300.000, los cuales deberán ser pagados a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el demandante, junto con los intereses de mora correspondientes.

En cuanto a los aportes a riesgos laborales, baste con decir que no es procedente su reconocimiento, por cuanto la consecuencia que se produce con ocasión de la falta de afiliación a ese subsistema, es que el empleador asuma las contingencias que se le presentaran al trabajador durante la vigencia del vínculo laboral, las cuales no se encuentran demostradas en el presente caso.



INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Sobre este pedimento ha de precisar el colegiado que no se halla demostrada la decisión unilateral de la parte empleadora de dar por terminado cada uno de los contratos de trabajo aquí reconocidos, pues nótese que sobre el contrato finalizado el 13 de agosto de 2017 nada se mencionó sobre el particular en el curso del proceso, y en cuanto al contrato terminado el 5 de mayo de 2019, por el contrario, se constata que fue el demandante quien resolvió finalizar tal relación, como así lo expresó en la comunicación dirigida a la sociedad demandada que obra a folio 21, al indicar que: *«Atentamente solicito se sirva liquidar mis prestaciones sociales como empleado que fui de usted y de acuerdo con la terminación del contrato que le hice el 5 de mayo de 2019 en forma verbal por no haberseme pagado mis derechos laborales»*.

Siendo oportuno advertir sobre esta documental que, aun cuando en ella se advierte anotación que *«Su retiro fue debido al grado de licoramiento (sic) durante sus labores asignadas»*; la misma no ha de ser considerada por la Sala de Decisión, porque no existe certeza de que haya sido efectuada por algún representante de la convocada, en tanto la firma que la acompaña no permite identificar a su autor, quien no especifica su nombre para el efecto.

Conforme a ello, no se encuentran dados los presupuestos para acceder a la indemnización de que trata el artículo 64 del CST.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

La acreencia laboral que debate la activa se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de



cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*.

Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Ahora, atendiendo la distribución de la carga de la prueba, es necesario memorar que bajo el abrigo de las normas generales de la prueba y el traslado de la misma cuando se presenta una negación indefinida, como es la ausencia de pago, bajo lo reglado en el inciso final del artículo 167 del CGP, es precisamente el empleador quien debe



demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le «*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*» y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se «*consider[e] en mejor posición para probar en virtud de la cercanía con el material probatorio*», demostrar aquellos que reclama, es decir, será el llamado a acreditar el supuesto de facto.

Así, bajo tales disposiciones y en tratándose de la demostración de un acto propio, indiscutible resulta concluir que es el empleador el que debe controvertir con pruebas el devenir correcto en su proceder, tal como lo manifestó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3936-2018 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al enseñar:

*«Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, **el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta.** Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos **por la defensa** son razonables y aceptables.*

(..)

*Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y **dicha carga probatoria le corresponde a la accionada** (..) ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto» (acentúa la*



sala)

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, ha de precisar la Sala que sobre el primer contrato de trabajo reconocido, no existe mayor discusión sobre la procedencia de las indemnizaciones en referencia, dado que, se *itera*, respecto del mismo no se adeuda al trabajador suma alguna por concepto de prestaciones sociales, las cuales en todo caso debían ser pagadas en su totalidad directamente a este.

No así, en tratándose de la segunda relación laboral, sobre la cual encuentra el Colegiado que el proceder de la sociedad convocada a debate judicial para la data de terminación de este, no se ajusta a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías y que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues no obra dentro de las diligencias probanza que demostrara para el 5 de mayo de 2019 diligencia en el pago, como tampoco la debida consignación de las cesantías al 14 de febrero de cada año, o por lo menos, motivos excepcionales para no cumplir con dichas obligaciones, los cuales ni siquiera se aducen por la encartada, a quien se repite, se le tuvo por no contestada la demanda.

A más que, en el presente caso no es posible ni siquiera considerar que la empresa llamada a juicio se encontraba bajo el convencimiento que su vínculo con el actor se encontraba regido por un contrato de prestación de servicios, pues con anterioridad a su celebración, ya se había ejecutado un contrato de trabajo, para que el demandante desempeñara el mismo cargo de mesero, de lo cual es diáfano que la convocada tenía claro que tal actividad era de carácter subordinada.

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a condenar al reconocimiento y pago de las indemnizaciones relatadas. Así, para la



acreencia por falta de consignación de las cesantías causadas desde el 1° de noviembre de 2017 a 31 de diciembre de 2017, que debían ser consignadas al fondo a más tardar el 14 de febrero de 2018, se genera la sanción desde el 15 de febrero de 2018 y hasta el 14 de febrero de 2019, y en igual sentido para la consignación de las cesantías del año 2018 se genera desde el 15 de febrero de 2019 hasta la terminación del contrato (5 de mayo de 2019), en tanto las del año 2019 al decaer el nexo el 5 de mayo de 2019 debían pagarse directamente al trabajador y no al fondo correspondiente, al tenor del numeral 4°, artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Así, efectuados los cálculos aritméticos de rigor a razón de un salario diario **\$43.333**, dado el salario mensual de \$1.300.000, corresponde a un valor de **\$19.066.520**.

En lo concerniente a la indemnización moratoria, esta corresponde a un día de salario por cada día de retardo a razón de un valor diario de **\$43.333** desde la terminación del nexo (5 de mayo de 2019) y hasta que se satisfagan las prestaciones sociales ya referidas, en la medida que la H. Corte Constitucional en el estudio de exequibilidad del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, advirtió que el pago de un día de salario por cada día de retraso debe ir hasta la fecha efectiva de pago, siempre y cuando la parte demandante presente el *libelo incoatorio* dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral, tal como acaeció en el presente asunto.

REEMBOLSO DESCUENTOS A TÍTULO DE RETENCIÓN EN LA FUENTE

Sobre el particular, baste a la Sala referir que este pedimento carece de visos de prosperidad, como quiera que ningún medio de convicción



allegado a las diligencias da cuenta de descuento alguno por concepto de retención en la fuente.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo del Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 9 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido entre el señor **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ** y **RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S.** por los períodos comprendidos entre el 20 de mayo de 2017 y el 13 de agosto de 2017, y entre el 1º de noviembre de 2017 y el 5 de mayo de 2019, en virtud de los cuales el trabajador se desempeño como mesero, teniendo como último salario la suma de \$1.300.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S.**, a reconocer y pagar a favor de **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ**, las siguientes sumas y conceptos:

- **Cesantías:** \$1.968.056



- **Intereses a las cesantías:** \$236.167
- **Primas de servicios:** \$1.968.056
- **Vacaciones:** \$982.222
- **Sanción por falta de consignación de cesantías:** \$19.066.520
- **Indemnización moratoria:** \$43.333 desde el 5 de mayo de 2019 y hasta que se satisfagan las prestaciones sociales adeudadas.

TERCERO: CONDENAR a RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S., a reconocer y pagar a favor de **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ** las cotizaciones a pensión para el interregno del 20 de mayo de 2017 al 13 de agosto de 2017, sobre un salario de \$737.717 y para el interregno del 1º de noviembre de 2017 y el 5 de mayo de 2019, sobre una base salarial equivalente a \$1.300.000, previo cálculo actuarial que con ese propósito expida la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre vinculado el actor. Para tal efecto, el demandante deberá informar en un terminó no mayor a treinta (30) días, el nombre de la Administradora de Fondo de Pensiones donde está afiliado, término después del cual, la demandada deberá dar cumplimiento a lo aquí ordenado.

Dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional, conforme al cálculo actuarial que esta última genere.

CUARTO: CONDENAR a RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S., a reconocer y pagar a favor de **LUIS CARLOS BONILLA RAMÍREZ** las cotizaciones a salud para el interregno del 20 de mayo de 2017 al 13 de agosto de 2017, sobre un salario de \$737.717 y para el interregno del 1º de noviembre de 2017 y el 5 de mayo de 2019, sobre una base salarial equivalente a \$1.300.000, los cuales deberán ser pagados a la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliado el demandante, junto con los intereses de mora correspondientes. Para tal efecto, el demandante deberá informar en un terminó no mayor a



treinta (30) días, el nombre de la Entidad Promotora de Salud donde está afiliado, término después del cual, la demandada deberá dar cumplimiento a lo aquí ordenado.

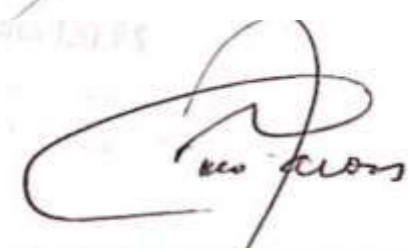
QUINTO: ABSOLVER a RESTAURANTE BAR CHALETT SUIZO S.A.S., de las demás pretensiones de la demanda y a **MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por encontrarse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la persona natural demandada.

SEXTO: COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo del Restaurante Bar Chalett Suizo S.A.S. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NELCY PINILLA JUNCA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**; la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora NELCY PINILLA JUNCA solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A., por una indebida información; que se ordene a Colpensiones y a Porvenir a realizar las gestiones administrativas tendientes a anular el traslado efectuado el 1 de junio de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros de la actora que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual; que Colpensiones debe recibir a la actora sin solución de continuidad; que se debe corregir la historia laboral; se declare que la única afiliación válida fue la efectuada el 10 de septiembre de 1985 al RPM; que se condene al pago de costas y gastos del proceso; a los derechos ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 60 a 61 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 1 de junio de 1965; que se afilió al RPM el 10 de septiembre de 1985 y cotizó un total de 269 semanas; que el 1 de junio de 1994 se trasladó a Porvenir; que no recibió la suficiente información para efectuar el traslado; que ha cotizado al RAIS un total de 1582 semanas; que incoó ante Colpensiones y Porvenir solicitud de nulidad de traslado en marzo de 2020.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que se presume que el traslado efectuado



por la actora al RAIS fue en ejercicio de libre escogencia y por tanto libre de vicio del consentimiento. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones; inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Archivo 4- fl. 70 – Contestación Colpensiones).

A la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se le dio por no contestada la demanda con auto del 30 de noviembre de 2020 (fl. 91 Archivo 1-PROCESO 2020-145 Folios 1 a 76).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 13 de julio de 2021, resolvió; **declarar** la nulidad del traslado realizado por la demandante al RAIS el 1 de junio de 1994 a Porvenir; **declaró** válidamente afiliada a la actora al RPM; **condenó** a Porvenir a devolver a Colpensiones los valores recibidos como consecuencia de la afiliación efectuada a dicha entidad las cotizaciones, bonos pensionales, con frutos e intereses o rendimientos causados; **condenó** a Colpensiones a recibir todos los emolumentos de la demandante provenientes del RAIS; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de la parte actora.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Por lo que, es contundente que el fondo privado omitió el compromiso debido, por cuanto es allí, en la entrega de su modelo pensional, donde el afiliado puede verificar plenamente que aquella ilustración ofrecida en forma preliminar le es conveniente a sus intereses, información que, debe entregarse independiente del cargo que ostente el afiliado, o el grado de



escolaridad, por lo que, con esos, falencia probatoria, y con lo arrimado al proceso, pues, es evidente que, a juicio de este despacho el actuar de Porvenir no fue diligente, resulta dañoso y desprovisto de buena fe, falta de documentación que también quedó acreditado el día de hoy con el interrogatorio que se le practicó a la demandante, en virtud de la cual se le indagó aspectos relacionados a la forma que hizo o se llevó a cabo el traslado de régimen del régimen, allí comentó la señora Nelcy Pinilla que fue invitada por parte de la empresa donde estaba trabajando en su momento en el año 94, para efectos de una reunión con asesores de Porvenir, y fue allí donde de acuerdo a lo indicado por los asesores, esto es, de acuerdo a lo afirmado por ella, que el seguro social se iba a acabar y por eso, pues decidió afiliarse al Régimen de Ahorro Individual y también fue enfática en señalar que no le fue entregada ningún tipo de información adicional, más allá del documento firmado de solicitud de afiliación.". (20:45)

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la sentencia, al considerar que se declara la nulidad por un vicio del consentimiento, generado en el año 1994, sin embargo, a la actora se le brindó la información idónea para adoptar esta decisión; que la actora no es beneficiaria del régimen de transición; que la entidad ha actuado de buena fe; que el presunto error como vicio del consentimiento se encuentra saneado, ya que ha transcurrido más de 24 años desde el traslado; que para 1994 el RAIS no tenía la obligación de hacer una proyección de pensión, ya que le faltaban más de 20 años para adquirir la prestación y se tienen en cuenta otros elementos familiares para generar este tipo de información; que la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM; el inconformismo de la actora es el monto de la pensión y ello no es óbice para declarar la ineficacia del traslado; respecto a los gastos de administración debe aplicarse la prescripción y reconocerlos generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones;

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:



Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

La parte **demandante** solicita se confirme en su integridad el fallo de primera instancia, al considerar que, la AFP no había acreditado que el traslado efectuado en mayo de 1994 hubiese sido precedido por la debida información; que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del fondo de pensiones; que la mesada pensional entre uno y otro régimen es ostensiblemente diferente.

A su turno, **Porvenir SA.**, reclama que la sentencia debe ser revocada, al no acreditarse la existencia de un vicio del consentimiento al efectuarse el traslado de régimen y en tal sentido, ser la afiliación totalmente válida; que el formulario suscrito por la actora goza de la presunción de legalidad al no haberse tachado ni desconocido; que fue garantizado el derecho de retracto; que la información suministrada al momento del traslado fue completa y oportuna; que el hecho de permanecer en el sistema por más de 27 años, demuestran la intención de permanecer en el RAIS; que no se le pueden imponer cargas distintas a las existentes al momento de la afiliación; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las citadas en el artículo 113 de la Ley 100; que los gastos de administración y primas de seguros no financian la pensión de vejez.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA



En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 47, radicada ante Colpensiones el 11 de marzo de 2020 y de la cual la entidad emitió en la misma fecha respuesta a su pedimento (fl. 47 y 58 archivo 1-PROCESO 2020-145 Folios 1 a 76).

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la apoderada de Porvenir S.A., 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 Nelcy Pinilla Junca al régimen de ahorro individual administrado por 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 cédula de la demandante (fl. 10); reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones (fl. 11); certificado de afiliación a Colpensiones (fl. 16); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 17); simulación pensional emitida por Porvenir (fl. 32); derecho de petición incoado a Porvenir (fl. 36); derecho de petición incoado a



Colpensiones (fl. 47); respuesta de Colpensiones al derecho de petición incoado (fl. 58); expediente administrativo (Archivo 4- folio 70)

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 (RPMPPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.



En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva,



comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.



Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».



El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:



Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*
En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del



Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.



La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.



En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.



De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de septiembre de 1985 hasta el 31 de mayo de 1994, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente digital acopiado a folio 11 del informativo (1-PROCESO 2020-145 Folios 1 a 76), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., a partir de junio de 1994 y 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 al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *«... Yo trabajaba en una empresa que se llamaba Ibañez y Compañía, un día la gerente nos reunió y nos dijo que nos iban a hacer una visita de un fondo de pensiones, que era muy importante, pues que los, que fuéramos a la empresa nos reuniéramos con ellos, y que los recibiéramos. En ese entonces, fuimos a la empresa, nos reunimos y el asesor empezó, pues a decirnos de que Colpensiones, en ese momento el Seguro Social se iba a acabar entonces que teníamos una solución que había creado los fondos, para evitar que los recursos que ya teníamos en el seguro social se fueran a perder. Entonces que era una solución que ellos nos daban, pasarnos a los fondos, para evitar, esa parte, de que se nos perdiéramos los ahorros que ya teníamos para ese entonces para la pensión....»*. (7 Audios – Audiencia 13-jul-2021).

Que, diligenció el formulario de afiliación a Porvenir S.A., sin embargo, *“lo llené con la información que pedían pero muchas veces esos formularios vienen con una letra muy pequeña, que uno realmente, no, y en ese momento era la solución que a uno le daban y con el afán de uno pasarse, la verdad lo veía uno como una solución, como una salvación”* y cuando se acercó a las oficinas de la AFP para indagar sobre el reconocimiento pensional, *“... en enero de 2020 acudí al fondo para pedir una simulación de pensión, entonces en este momento me hicieron una simulación y me dijeron que me iba a*



pensionar con el mínimo, la verdad me sentí muy triste, devastada, porque uno pues toda la vida trabajó esforzándose mucho para aportar más, para poderse pensionar un poquito mejor, la verdad, salí a buscar una asesoría jurídica. Nos engañaron vilmente los fondos de pensión...”

Cuando se trasladó a Porvenir, no le informaron la forma y el monto de dinero necesario para obtener el derecho pensional; tampoco que era una cuenta de ahorro individual y por ende que esta tendría unos rendimientos financieros; finalmente, comentó que no le fue entregado ningún documento ni folletos, ni volantes al momento del traslado; solamente que el Instituto de Seguros Sociales y que la AFP era “*como una salvación*”.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, sin embargo, se modificará el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe declarar la ineficacia del traslado efectuado por Nelcy Pinilla Junca, al fondo de Pensiones Porvenir S.A., efectuado en el año 1994, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

Finalmente, deberá precisarse que, en el sub lite la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con más de 35 años de edad, ni tampoco contaba con 15 años de servicios.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado



el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no



en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de Porvenir S.A., en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Por último, resulta pertinente indicar que, al declararse la ineficacia del traslado, no se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, al no efectuarse las cotizaciones al RPM, sin embargo, deberá precisar esta Sala de Decisión 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.



Luego entonces, en forma alguna se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Si bien, la apoderada de Porvenir SA., alegó que se debía estudiar el fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, en primer lugar, que ello no es posible, dado que la entidad no contestó la demanda y consecuencia de ello, el *A quo* la dio por no contestada, por lo tanto, en principio, no debería estudiarse dicho medio exceptivo, sin embargo, al conocerse del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, deberá indicarse que, los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, han sido enfáticos al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará dicho medio exceptivo.

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, dadas las resultas del recurso de alzada.



En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el día 13 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **NELCY PINILLA JUNCA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado el 1 de junio de 1994, por la demandante al RAIS, conforme a los argumentos esgrimidos en la presente providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. a favor de la demandante, NELCY PINILLA JUNCA en la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is placed above the printed name.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **OLGA MARÍN DE RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 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»



Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora OLGA MARÍN DE RODRÍGUEZ solicita se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media por falta de información de Porvenir S.A.; que se declare sin solución de continuidad la afiliación de la actora al RPM.

Como consecuencia de las declaraciones reclamadas, se condene a Porvenir S.A a entregar bonos pensionales, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros y demás, a enviarlos a Colpensiones; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes girados del RAIS y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 7 a 9 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 11 de noviembre de 1962; que se trasladó al RAIS el 1 de octubre de 1996; que cotizó al extinto ISS un total de 267,57 semanas; que no le fue brindada una adecuada asesoría; que no fue informada sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen; que el asesor de Porvenir le indicó que de no trasladarse de fondo, perdería los aportes efectuados al extinto ISS; que se le prometió pensionarse a los 55 años y con una mesada superior que en el RPM; que el 30 de octubre de 2017 Porvenir S.A., le hizo una simulación pensional; que para obtener una buena mesada pensional, la actora debía seguir cotizando hasta los 60 años; que durante la vida laboral la actora ha cotizado más de 1300 semanas de cotización; que el 20 de febrero de 2018 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones y dicho pedimento fue resuelto en forma desfavorable a la petente.



CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que no existe prueba de que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error. Como **Excepciones**, propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción, caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (fl. 66).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el traslado efectuada por la demandante fue realizado en forma libre, voluntaria y espontánea. Como medios **exceptivos**, propuso las de, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa; innominada o genérica (fl. 108).

Con auto del 25 de agosto de 2020, el Juzgado de conocimiento ordenó la vinculación de Old Mutual y consecuencia de ello, la notificación de dicha entidad (02ActaVincula).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la demandante suscribió el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria. Como **excepciones** propuso las de prescripción, buena fe; cobro de lo no debido por



inexistencia de la obligación; genérica (Archivo 22ContestacionDemanda).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 24 de mayo de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante el 23 de octubre de 1996 a la AFP Porvenir, el traslado realizado el 8 de marzo de 2004 a la AFP Skandia – Old Mutual y el movimiento horizontal a Porvenir S.A., el 25 de abril de 2007; **ordenó** a Porvenir S.A., a trasladar los aportes, gastos de administración y comisiones que hubieren en la cuenta de la actora a Colpensiones; **ordenó** a Colpensiones a recibir a la demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenó** en costas a los fondos demandados en cuantía de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes; **ordenó** la consulta de la providencia en favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En este caso no puede concluirse cosa distinta, dado que Porvenir y Old Mutual hoy Skandia acreditaron que cumplieron con las obligaciones que la misma ley les había asignado como fondo administrador de pensiones de el régimen privado. Presupuestos estos que concluyen se acreditaron dentro de este proceso, llevando a determinar que la afiliación y traslado al RAIS de la señora demandante, no estuvo acorde al estatuto de seguridad social en pensiones y a las reglas y libertad de escogencia del sistema, porque no se acreditó la existencia de una decisión informada, precedida de las explicaciones sobre los efectos de ese traslado de régimen pensional en todas sus dimensiones legales, tornando ineficaz la vinculación de la señora demandante Olga Marina Rodríguez con la AFP Porvenir el 23 de octubre de 1996, contenido en el formulario No. 806475 y con la AFP Skandia o Old Mutual EL 8 de marzo de 2004, contenido en el formulario No. 65120 y finalmente con Porvenir el 27 de abril del 2007, según el formulario No. 028490 allegado al expediente digital.



Así las cosas y declarada esta ineficacia debe dejarse claro que las partes en lo posible deben volver al mismo estado en que se debía, sino hubiera existido este acto de afiliación jamás...” (1.11:37).

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicita se revoque el fallo emitido, al considerar que, la demandante suscribió el formulario de afiliación en el año de 1996 en forma libre y voluntario y por tanto el traslado es válido; que no existen vicios del consentimiento; que se debe estudiar el fenómeno de la prescripción para retractarse de su decisión, máxime que duró más de 20 años en el RAIS; que la actora tiene impedimento legal para trasladarse al RPM, al faltarle menos de 10 años para pensionarse; que la AFP le brindó la asesoría que era exigida para la época; que para la fecha del traslado no era posible realizar una proyección de la mesada pensional.

La **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la entidad, al considerar que no existió ningún perjuicio a la demandante; que no se violentó el deber de información; que el formulario no fue tachado como falso; que son evidentes los actos de relacionamientos de la demandante; que fue ratificada la decisión de permanecer en el RAIS, al trasladarse una segunda vez a dicha entidad; respecto a los gastos de administración señala que no es procedente imponer esta condena, al haberse prestado el servicio de buena fe y destinación diferente a la de vejez de la 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:

El apoderado de la **demandante**, reclama que la sentencia debe ser confirmada, al considerar que la carga probatoria corresponde a las administradoras y en tal sentido, son ellas, las que deben acreditar que se dio la debida información; que el diligenciamiento del formulario de afiliación, no suple el deber de información, ya que a lo sumo se puede acreditar un consentimiento.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se absuelva a su representada de todas las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, para el 20 de febrero de 2018, la demandante se encontraba inmersa en una prohibición legal para regresar al RPM; que a la AFP se le ha asignado una carga probatoria desproporcionada y Colpensiones ha sido afectada en la sostenibilidad pensional; que la demandante no solicitó información sobre su futuro pensional; que la actora ha permanecido afiliada al RAIS por más de 24 años; que la devolución de aportes debe realizarse en forma indexada.

A su turno, **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada, ya que, no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento al efectuarse el traslado de régimen, por tanto, la afiliación efectuada es válida; que el formulario suscrito por la actora goza de la presunción de legalidad al no haberse tachado ni desconocido; que fue garantizado el derecho de retracto; que la información suministrada al momento del traslado fue completa y oportuna; que el hecho de permanecer en el sistema por más de 24 años, demuestran la intención de permanecer en el RAIS; que no se le pueden imponer cargas distintas a las existentes al momento de la afiliación; que no se debe ordenar la



devolución de sumas diferentes a las citadas en el artículo 113 de la Ley 100; que los gastos de administración y primas de seguros no financian la pensión de vejez.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 47 radicada ante Colpensiones el 20 de febrero de 2018 y de la cual la entidad emitió respuesta en la misma data de su radicación de su pedimento (fl. 49 Archivo 01CuadernoPrincipal).

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Olga Marín de Rodríguez al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., y las que



se dieron con posterioridad a aquella, 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 actora (fl. 26); historia laboral consolidada expedida por Porvenir (fl. 27); reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fl. 36, archivo 27HistoriaLaboralColpensiones); simulación pensional realizada por Porvenir S.A. (fl. 39); copia del derecho de petición presentado ante Porvenir S.A. y Colpensiones (fl. 43, 47); respuesta de Porvenir al derecho de petición (fl. 44, 49, 132); respuesta de Colpensiones al derecho de petición (fl. 48); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 131, archivo 04CertificadoAfiliacion); certificado de bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 133); formulario de afiliación a Porvenir S.A. del 23 de octubre de 1996 (FL. 137); relación de aportes emitido por Porvenir S.A. (L. 138); formulario afiliación a Porvenir del 25 de abril de 2007 (fl. 06FormularioAfiliacionPorvenir); certificado de Asofondos (archivo 08Siaf; 24DocumentosOldMutual2 26Siaf); formulario de afiliación a Skandia, suscrito el 8 de marzo de 2004; certificado de afiliación a Skandia (archivo 21CertificacionTraslado); estado de cuenta de Skandia (Archivo 23DocumentoOldMutual).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda



la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*.

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, Rad. 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:



«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende



todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».



Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».



De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer



«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.



En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. *Asesoría e información al Consumidor Financiero.* Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con



claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.



2. *Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*

3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*

4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*

5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*

6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.



Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información,



corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de febrero de 1993 hasta el 30 de septiembre de 1996, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente digital acopiado en el archivo 27, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 23 de octubre de 1996 y del cual se trasladó posteriormente a Skandia – Old Mutual, para finalmente regresar a Porvenir, fondo al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 137 Archivo 01CuadernoPrincipal).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, debe precisar esta Colegiatura que, los traslados realizados por la actora obedecieron a que *“Yo estuve en el año 96, estuve afiliada en Colpensiones y pasé a porvenir, en el año 2004, en marzo de Porvenir pasé a Skandia por presiones del empleador y del 25 de abril de 2007 tuve cambio de empleador, en el Banco de Bogotá, nos dijeron que teníamos que estar en Porvenir, en este momento estoy afiliada a Porvenir”* (Archivo 34ActaSentencia).

Que, no sabía que tenía un tiempo límite para devolverse a Colpensiones, y se enteró de esta situación cuando *“ya me faltaban como unos 3 o 4 años para pensionar, que voy a empezar a mirar que necesito para la pensión y fue cuando me comuniqué con Porvenir y me indicaron que yo iba a quedar pensionada con menos de un salario mínimo y que ya no me podía l de fondo”*; que tuvo ahorros voluntarios porque, *“Los aportes voluntarios a nosotros nos los pasaban allá porque, por decir algo, ganábamos \$500.000, no nos daban todo el salario de \$500.000, sino una parte, \$50.000 los pasaban al fondo de pensiones voluntarias. En el momento que ya nosotros terminamos con el grupo, cuando llegamos a Banco de Bogotá, Megabanco ya pasó la carta”*.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este 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 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.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por Olga Marín de Rodríguez, al fondo de Pensiones Porvenir S.A. y Skandia, efectuado en los años 1996; 2004 y 2007 (cuando regresó a Porvenir



S.A.), al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

Finalmente, deberá precisarse que, en el sub lite la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con más de 35 años de edad, ni tampoco contaba con 15 años de servicios.

DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.



Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por el apoderado de Porvenir S.A., en el entendido de condenar a la entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de



descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Por último, resulta pertinente indicar que, al declararse la ineficacia del traslado, no se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, al no efectuarse las cotizaciones al RPM, sin embargo, deberá precisar esta Sala de Decisión 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. Luego entonces, en forma alguna se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Alegó la apoderada de Colpensiones, que se debe estudiar el fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.



Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en la alzada.

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dadas las resultas del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 24 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **OLGA MARÍN DE RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes



por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante, OLGA MARÍN DE RODRÍGUEZ en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, para cada una de las entidades.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **JOSÉ IGNACIO BALLÉN RODRÍGUEZ** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



09201900577 01 2

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Johana Alexandra Duarte Herrera** identificada con cedula de ciudadanía No. 53.077.146 y tarjeta profesional 184.941 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Porvenir S.A.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ IGNACIO BALLÉN RODRÍGUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó el 12 de julio de 1994, a través de la AFP Porvenir, al igual que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos; se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de la AFP Porvenir con sus rendimientos correspondientes; se condene en costas y agencias en derecho. (folios 30 a 31).



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 31 a 32 del informativo, que en síntesis indican que, nació el 10 de mayo de 1963, motivo por el cual cuenta con 56 años de edad; que se afilió al otrora ISS desde el 14 de agosto de 1986; que el 12 de julio de 1994, suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir, sociedad que para el efecto no le brindó información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, ni sobre las implicaciones, efectos o consecuencias del cambio de régimen pensional. Que se presenta una diferencia entre la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen; que a la fecha cuenta con un total de 1.579 semanas de cotización en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Refiere que solicitó ante las convocadas el traslado de sus aportes y rendimientos al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual fue resuelto en sentido desfavorable por parte de la AFP Porvenir, pues Colpensiones a la fecha no ha emitido respuesta sobre el particular.

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 actor se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia contemplado en la Ley 797 de 2003. Precisa que, si el demandante decidió que sus aportes pensionales se rigieran por las características propias del RAIS, ello se debió a la información que le fue suministrada por la AFP Porvenir, máxime que de la documental allegada al plenario, no se observa medio de convicción tendiente a demostrar algún vicio en el consentimiento que llegue a invalidar su



afiliación. Señala que todas las características del RAIS, se encuentran previstas en el Título III de la Ley 100 de 1993, por tanto, las mismas se encuentran a disposición de todos los potenciales afiliados, de manera que en virtud del artículo 9° del C.C. la ignorancia de la Ley no sirve de excusa. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y declaratoria de otras excepciones. (fls. 57 a 73).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el actor no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto su selección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo, a más que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Indica que, en el eventual caso de declararse la nulidad reclamada, no debe disponerse el traslado de los gastos de administración, dado que estos se cobran en ejecución de unas tareas determinadas como lo es la cobertura de los riesgos de muerte e



invalidez, y la administración de recursos que generó una serie de rendimientos económicos determinados y que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual del afiliado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 113 a 130).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 6 de mayo 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 12 de julio de 1994; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades; **condenar** a Colpensiones a recibir todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del actor las correspondientes semanas; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenar** en costas a la AFP Porvenir, sin costas en contra de Colpensiones. (Cd. a folio 215).

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 hecho 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 al 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, si bien los jueces se encuentran compelidos a observar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que también tienen el deber de analizar cada caso en concreto, acotando que en el *examine* no se dan los presupuestos que contiene la línea jurisprudencial para acceder a la ineficacia del traslado, en primer lugar, porque el demandante de manera libre y voluntaria se trasladó al RAIS, siendo deber de la AFP y de los jueces de la República garantizar su derecho a la libre escogencia, máxime que su decisión ha permanecido por 27 años; en segundo lugar, el formulario de afiliación suscrito por el convocante cumple con todos los requisitos para la validez del acto, dado que este era plenamente capaz y en su celebración no concurrió ningún vicio del consentimiento. Agrega que, no es razón para considerar la inexistencia del acto jurídico de afiliación, el hecho que el accionante después de 27 años de afiliación



al RAIS, haya concluido que le es más beneficioso el RPM, menos aun cuando aceptó todas las condiciones y características ofrecidas por la AFP. Refiere que el fallo del Juzgado, no fue congruente con las pretensiones de la demanda, en tanto declaró la ineficacia del traslado, cuando el *petitum* versó sobre su nulidad, respecto de la cual el demandante debió cumplir con el deber de su demostración. Añade que ambos regímenes pensionales se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993, cuyo texto se encuentra a disposición de todos los afiliados, incluido el actor, quien no tuvo ningún interés en acercarse a las entidades de ambos regímenes pensionales, para averiguar sobre su futuro pensional, e incluso hacer uso de su derecho a la libre elección de régimen en una nueva oportunidad, a más que en la actualidad ante su inacción ya se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, que debe salvaguardarse a fin de respetar el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Refiere que en el año 1994 las AFP solo tenían la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realizan, a fin de permitirle al afiliado tener elementos de juicio claros y objetivos sobre las condiciones del mercado, precisando que al actor se le brindó una asesoría de 30 minutos, en la que se le explicó de manera clara y precisa todas las características y desventajas o consecuencias jurídicas que involucran el traslado, pese a que para tal momento las normas no exigían nada distinto a la suscripción del formulario de afiliación en donde constara la voluntad del afiliado, por manera que exigir requisitos distintos a los previstos en la ley, implica el



desconocimiento de la seguridad jurídica, el principio de confianza legítima y el derecho al debido proceso.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el actor en el año de 1994 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, el cual era el mismo documento exigido para la fecha, acotando que si bien el deber de información existía desde tal época, este ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo que ha incrementado las exigencias a las administradoras de pensiones, por manera que las normas que regulan esta temática, no han sido interpretadas en debida forma, por cuanto la información para la época del traslado solo debía estar enfocada a evitar la coacción en la afiliación, que claramente no tuvo lugar en el presente caso, pues por el contrario, el convocante afirmó que esta fue libre y voluntaria, por tanto, la no realización de proyecciones o no referir al afiliado las posibles consecuencias de tal acto jurídico, no implica la vulneración del derecho de la información. Aduce que la inconformidad de la parte actora radica en el valor de su mesada pensional, como así lo manifestó en los hechos de la demanda y en su interrogatorio de parte, lo cual no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, máxime que para 1994 no era posible determinar que el demandante lograra consolidar un derecho pensional en uno de los dos regímenes pensionales. Refiere que la condena por concepto de devolución de gastos de administración es improcedente, pues resulta incoherente con la declaratoria de la ineficacia, ya que esta implica entender que el negocio jurídico nunca



tuvo lugar, de suerte que los frutos o rendimientos reportados en la cuenta de ahorro individual del afiliado nunca se produjeron, siendo diáfano que estos no pueden ser devueltos de manera conjunta con los gastos de administración.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: La apoderada de la **AFP PORVENIR** manifiesta que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Aduce que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Resalta que el demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en



que se vinculó al RAIS, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, que no contaba con ningún limitante para retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación con la AFP, no obstante lo anterior, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su cumplimiento, a través de la solicitud obrante a folios 8 a 9 de las diligencias.

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 JOSÉ IGNACIO BALLÉN RODRÍGUEZ, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 2); solicitud elevada ante la AFP Porvenir (fls. 4 a 5); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fls. 6 y 108); comunicación emitida por la AFP Porvenir (fls. 7 y 110 a 122); derecho de petición formulado ante Colpensiones (fls. 8 a 9); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 10 y 49 a 52); historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 11 a 20 y 94 a 107); simulaciones pensionales (fls. 21 a 28); certificación sobre estado de afiliación expedida por Colpensiones (fl. 53); comunicación emitida por Colpensiones (fls. 54 a 55); expediente administrativo (Cd. a folio 56); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 90 a 92); certificación de estado de afiliación expedida por la AFP Porvenir (fl. 93); formulario de afiliación a la AFP Colpatria (fl. 109); e interrogatorio de la parte demandante (Cd. a folio 215).



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 prestaciones, 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

09201900577 01 17

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

09201900577 01 19

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho



régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y



efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

09201900577 01 22

de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

09201900577 01 25

alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de



haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 25 de marzo de 1987 hasta el 31 de julio de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 49 a 51, para luego trasladarse a la AFP Porvenir el 12 de julio de 1994 (fl. 108); para posteriormente vincularse a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 14 de marzo de 1996 (fl. 109), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación vista a folio 93; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 108), 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 a la fecha del traslado los promotores de la AFP demandada le indicaron en una reunión grupal de alrededor de 30 minutos, que el ISS iba a desaparecer, por lo que era mejor para su futuro pensional afiliarse a la citada sociedad, en donde tendrían una prestación igual a la que le ofrecería el ISS. Igualmente, afirmó que no recuerda si le hicieron mención de los aportes voluntarios o la figura del bono pensional, acotando que se le informó que su dinero reposaría en una cuenta de ahorro y que sus aportes del ISS serían trasladados a ella. (Cd. a folio 215).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y



como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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.).

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.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues en virtud de esta se entiende que el acto jurídico nunca existió.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

09201900577 01 30

acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una



consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 6 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ IGNACIO BALLÉN RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA**



DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



09201900577 01 33

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones en la suma de \$600.000 para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ZOILA ROSA CARDONA SALAZAR** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

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»



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. 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 **ZOILA ROSA CARDONA SALAZAR** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó el 18 de enero de 1995, a través de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.; en consecuencia, se ordene a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; ordenar a Colpensiones realizar todas las gestiones pertinentes, encaminadas a



anular el traslado de régimen aprobado el 18 de enero de 1995 y recibirla sin solución de continuidad al RPM; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (folio 2).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 3, que en síntesis advierten que nació el 5 de mayo de 1963; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 11 de marzo de 1982; que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos el 18 de enero de 1995; que con posterioridad, se trasladó a Protección S.A. y finalmente, a Porvenir S.A. Agrega que su aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial y su traslado al RAIS se destacó por la indebida y nula información en cuanto a las ventajas y desventajas de adoptar tal determinación. Que ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.912 semanas, de las cuales 1.262 fueron aportadas en el RAIS. Aduce que solicitó ante todas las entidades convocadas la nulidad de su traslado y consecuente retorno al RPM administrado por Colpensiones.

CONTESTACIÓN: Mediante auto del 12 de febrero de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. (fl. 262).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló



su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aunado a que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, que se protocolizó a través del formulario de vinculación, teniendo este la naturaleza de un verdadero contrato entre la convocante y la AFP, generador de derechos y obligaciones en cabeza del fondo y de la afiliada. Aduce que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80 y 81 y en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, exequibles a la fecha. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fls. 146 a 155).

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la demandante al fondo de pensiones administrado por la AFP Porvenir fue producto de una decisión informada, libre de presiones y engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, en la que se observa la declaración escrita a



que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS. Aduce que en el evento de haberse presentado algún vicio en el consentimiento, ello deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento a través de los actos de ratificación, tales como los aportes que realizó mes a mes o las vinculaciones a otros fondos, sin que en todo caso, el referido vicio logre probarse en el presente asunto. Refiere que siempre le garantizó a la convocante el derecho de retracto, en los términos del artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, a más que publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 193 a 209 y 259).

A su turno, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se allanó a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del C.G.P., y por ello solicitó al Juzgado abstenerse de imponer costas judiciales. (fls. 127 y 261).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 15 de junio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia en sentido estricto de la



relación jurídica de afiliación y cotización de la demandante celebrada con la AFP Colfondos el 18 de enero de 1995 y las subsiguientes con Protección S.A. datada el 17 de marzo de 2000 y con Porvenir S.A. el 31 de enero de 2003; **condenar** a Porvenir a la devolución de saldos, aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones; **ordenar** a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto de los aportes, saldos pensionales y rendimientos, sin reconocimiento del régimen de transición, al no tener derecho al mismo; **absolver** a las demandadas Colpensiones y Porvenir de las demás súplicas de la demanda y a Protección y Colfondos de todas y cada una de ellas; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **sin condena** en costas. (Cd. a folio 263).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, no es procedente analizar el caso objeto de estudio desde la perspectiva de la nulidad, al no encontrarse probado ningún vicio del consentimiento; no obstante, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el caso debe ser estudiado a la luz de la ineficacia, dado que el traslado de régimen debe estar precedido de la debida información del afiliado. Precisa que los diferentes traslados efectuados entre administradoras de fondos de pensiones puede conllevar una ratificación del traslado, en virtud de la plenitud de la información, siempre que esta involucre claridad, suficiencia y oportunidad, como expresión de actos de relacionamiento, entendidos estos como la voluntad del afiliado de pertenecer al RAIS, lo cual no puede predicarse en este caso, porque en todos los traslados de la convocante no se dio el deber de información cierto, ya que por



ejemplo, en el formulario de vinculación ante la AFP Porvenir se indica en letra pequeña y casi ilegible que la actora es beneficiaria del régimen de transición, lo cual en realidad no es cierto. Por tanto, se rompe la cadena de la adecuada información, circunstancia que deviene en la ineficacia del traslado, la cual en todo caso no involucra la devolución de los gastos de administración, por cuanto el 65% de las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual, corresponden a rendimientos que son el resultado de la adecuada administración de la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el Juzgado de Conocimiento consideró que los diferentes traslados efectuados entre administradoras del RAIS, no constituían actos de relacionamiento, y en particular el realizado ante la AFP Porvenir, por las supuestas imprecisiones contenidas en el formulario de afiliación sobre el régimen de transición, desconociendo que ni la ley, ni la jurisprudencia y mucho menos la Superintendencia Financiera han establecido que tal documento deba tener cierto tipo de letra, además las cláusulas pre impresas en él contenidas son opcionales por virtud de la ley, de manera que se puede referir en su contenido el derecho al retracto y la reseña de traslado libre y voluntario, no siendo obligatorio consignar toda la información que percibe el afiliado, pues la finalidad de esa documental es dejar constancia de su voluntad. Agrega que, si en el formulario no se hacía referencia al régimen de transición y la parte



convocante hubiera sido beneficiaria del mismo, se omitiría un aspecto que sí era relevante para su situación particular, acotando que en todo caso, el hecho de mencionar el régimen de transición no fractura el deber de información porque no se le puede exigir a la administradora de fondos de pensiones un tipo de formulario para cada afiliado. Por tanto, indica que no se trasgreden los actos de relacionamiento que surgen a partir de los diferentes traslados horizontales efectuados por la demandante, que claramente evidencian su intención de pertenecer al RAIS, como lo ha esgrimido la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, exponiendo como motivos de disidencia que, en el presente caso no medió ningún vicio del consentimiento durante la suscripción del formulario de afiliación entre la demandante y la AFP, por manera que no se vulneró lo establecido en el artículo 1508 del C.C. referente al error, fuerza o dolo, siendo el contrato plenamente eficaz. Indica que el derecho a la libre escogencia de régimen se limitó en el tiempo, de tal manera que faltándole al afiliado 10 años para pensionarse se le impide su retorno al RPM. Aduce que la accionante permaneció en el RAIS y se afilió a diferentes administradoras de pensiones, lo cual evidencia su ánimo de pertenecer a tal régimen, al igual que los actos de relacionamiento que menciona la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, máxime que los formatos pre impresos de afiliación son plenamente válidos, y fueron suscritos por la actora, quien no los tachó de falsos. Aduce que el traslado de la convocante



conlleva el reconocimiento de una pensión de vejez que generaría un desmedro de los recursos de la seguridad social, en la medida que la afiliada hace más de 20 años dejó de pertenecer a Colpensiones. Concluye indicando que debe revocarse la absolución frente a los gastos de administración, en tanto que la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha definido su devolución como una consecuencia de la ineficacia del traslado.

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: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo



ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro cerca de 25 años y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP convocadas es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de



Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, a la demandante se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

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 con la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 16 del informativo.

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, 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 ZOILA ROSA CARDONA SALAZAR al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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. 11); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 12 a 13); certificado de estado de afiliación emanado de Colpensiones (fl. 14); formulario de afiliación diligenciado ante Colpensiones (fl. 15); derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 16 a 22); historia laboral



emitida por la AFP Porvenir (fls. 23 a 33 y 212 a 242); simulación pensional (fls. 34 a 37); formulario de afiliación a la AFP Colmena (fl. 162), formulario de actualización de datos (fl. 163); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 164 y 210); comunicación expedida por la AFP Protección (fls. 166 a 168); reporte estado de cuenta AFP Protección (fls. 168 vuelto a 170); historia laboral para reclamación de bono pensional (fl. 171); políticas para vincular personas naturales (fls. 172 a 174); comunicados de prensa (fls. 175 a 177 y 248 a 254); certificación de afiliación expedida por la AFP Porvenir (fl. 211); comunicaciones expedidas por la AFP Porvenir (fls. 243 y 245 a 247); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 244); e interrogatorio de la parte demandante.

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*



Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las



entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de



proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».



Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.»

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron



clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos



regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo



La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de*



pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o



ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*



5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900666 01 24

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12201900666 01 25

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.



3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.



De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de



hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de marzo de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones que milita a folio 12 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A., el 1º de febrero de 1995, según se constata del historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS obrante a folio 164; posteriormente, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección el 17 de marzo de 2000 (fl.164); finalmente, se vinculó a la AFP Porvenir, conforme al formulario de afiliación de fecha 31 de enero de 2003 (fl. 244); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como así lo acredita la certificación vista a folio 211; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz,



oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al expediente por parte de la mentada sociedad.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que el asesor de Colfondos le indicó que el Seguro Social no tenía solvencia, lo cual conllevaría a su liquidación, y que por ello se estaban creando diferentes fondos privados que le podrían garantizar su pensión. Añade que también le ofrecieron una pensión para su hija, la cual no sería garantizada por el Seguro Social; que no le explicaron que sus aportes serían depositados en una cuenta de ahorro individual, y tampoco que estos reportarían unos rendimientos financieros. Concluye indicando que se afilió a la AFP Colmena hoy Protección y a la AFP Porvenir a causa de unas actualizaciones de planta realizadas por su empleador.

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. 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.

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 de los traslados que haya efectuado entre 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, es claro que la Sala no comparte lo referenciado por los apelantes, e incluso el Juzgado de Conocimiento, en cuanto a los actos de relacionamiento como una expresión del deseo del afiliado de pertenecer al RAIS, a partir por ejemplo, de las afiliaciones realizadas ante diferentes administradoras de dicho régimen, porque ello se sustenta en decisiones emitidas por la Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales fueron creadas para tramitar y decidir los recursos de casación que determine la Sala de Casación Laboral de esta Corte, siendo importante acotar que cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida; todo ello en virtud de lo establecido en la Ley 1781 de 2016, de suerte que no resulta procedente dar aplicación a tales decisiones para definir el presente caso, como quiera las Salas de Descongestión laboral de la Alta Corporación no están llamadas sentar precedente, amén que la Corte Suprema de Justicia en su Sala permanente, ha indicado entre otras en la sentencia SL1688-2019 que los traslados entre diferentes administradoras del RAIS no sana el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico, no con posterioridad, pues la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega, brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la



asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Lo anterior, igualmente encuentra respaldo en lo definido por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, ratificadas en sentencia del 22 de noviembre de 2011, en las cuales indicó:

«Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales».

Conforme a lo precedente, habrá de confirmarse la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, dado que contrario a lo afirmado por las demandadas, 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, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de ZOILA ROSA CARDONA SALZAR, se adicionará la sentencia sobre este puntual aspecto.



Lo anterior, conforme al pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código



Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 15 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dinerosa **COLPENSIONES**, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.



TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



12201900666 01 36

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones en la suma de \$600.000 para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



17201800473 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS EDUARDO HOYOS JARAMILLO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 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»



17201800473 01²

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Winderson José Moncada Ramírez** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.232.398.851 de Cúcuta y tarjeta profesional 334.200 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución otorgada por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS EDUARDO HOYOS JARAMILLO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó el mes de abril de 2000, a través de la AFP Porvenir, junto con todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado en dicho régimen, al igual que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; en consecuencia, condenar a la AFP Porvenir trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros; se condene a Colpensiones a activar su afiliación y a actualizar en su historia laboral las cotizaciones



17201800473 01³

efectuadas en el RAIS; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio2).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 del informativo, que en síntesis indican que, nació el 11 de marzo de 1959; que se afilió al otrora ISS desde el 23 de agosto de 1978, entidad donde efectuó sus aportes a través de diferentes empresas de naturaleza privada; que en el mes de abril de 2000, suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir, sociedad que para el efecto no le informó sobre las implicaciones, ni las desventajas de trasladarse de régimen, como tampoco sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional, ni las ventajas de permanecer en el RPM. Que durante su permanencia en el RAIS nunca ha recibido asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional. Refiere que solicitó ante las demandadas, entre otras cosas, la nulidad de su afiliación al RAIS, lo cual fue resuelto en sentido desfavorable por parte de la AFP Porvenir, mientras que Colpensiones a la fecha no ha emitido respuesta sobre el particular.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo),



así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, pues al contrario, se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho y que su vinculación tuvo lugar de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Añade que el actor no cumple con los requisitos previstos en la sentencia SU-062 de 2010, por manera que no puede trasladarse al RPM en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls. 145 a 156).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación del demandante al fondo de pensiones administrado por la AFP Porvenir fue producto de una decisión informada, libre de presiones y engaños, por lo que este conocía previamente las implicaciones de su decisión y las condiciones básicas de funcionamiento y operación del régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación no. 0133865- documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100



de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS. Aduce que siempre la garantizó al convocante el derecho de retracto, en los términos del artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, a más que publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Refiere que conforme a las condiciones con que contaba la parte actora al momento de la suscripción del mencionado formulario, al contar con 40 años de edad y desempeñarse como docente de la Universidad Nacional de Colombia, así como tener un amplio record académico, no es posible considerar que pudiera haber sido engañado como se afirma en la demanda. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 192 a 222).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete(17) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021, resolvió **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **declarar** que el traslado del actor realizado al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; **declarar** que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPM y que Colpensiones tiene la obligación legal de validar su vinculación sin



solución de continuidad; **ordenar** a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, sumas de aseguradoras, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin autorizar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, que deberán ser asumidos de su propio patrimonio; **ordenar** a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor del demandante que efectúe Porvenir S.A. y convalidarlos en la historia laboral del demandante, para los efectos de la densidad de cotizaciones a que haya lugar en ese régimen pensional; y **condenar** en costas a las demandadas. (carpeta “VIDEOS” del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, el actor no acredita 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, como así lo exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por manera que no puede retornar al RPM en cualquier tiempo; no obstante, en lo que respecta a la ineficacia reclamada, precisó 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 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 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

17201800473 01⁷

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, amén que su traslado al RAIS tiene plena validez según los términos de la normatividad *ejusdem*, máxime que se trata de una facultad exclusiva del afiliado que encuentra su límite cuando a este le faltan 10 años o menos para adquirir la edad mínima de pensión. Añade que conforme al artículo 107 de la Ley 100 de 1993, todo afiliado al régimen que haya adquirido la calidad de pensionado podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta de ahorro individual a otro plan de capitalización o de pensiones autorizados, o trasladarse a otra entidad administradora, lo cual hace improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales. Indica que no se demuestra un vicio en el consentimiento o la transgresión de la buena fe al momento del traslado del actor como se alega en la demanda, precisando que en todo caso para esa data era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales aportaría el convocante en los próximos años, así como calcular una futura mesada pensional real. Concluye indicando que los deberes de doble asesoría definidos en el Decreto 2071 de 2015 y en la Circular 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera, no tiene una aplicación retroactiva, de suerte que ello no puede exigirse en el presente caso.



17201800473 01⁸

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción por parte del actor del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, amén que en este expresó que realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones la selección del RAIS, conforme a lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que ello no se trató de una simple declaración vacía dentro del formulario de afiliación, sino del cumplimiento de un requerimiento legal que fue suscrito por la parte demandante, quien se presume una persona capaz para obligarse. Agrega que al convocante siempre se le garantizó el derecho al retracto, como así lo dispuso el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por la Ley 797 de 2003; sumando a ello que, la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce el principio de autonomía privada de la voluntad con que contaba el actor, definida en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares, y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres. Aduce que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, como quiera que de conformidad con el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina un 3% de las cotizaciones a financiar tales gastos, así como pensión de invalidez



y sobrevivencia, los cuales no forman parte integrante de la pensión de vejez y por ello, se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción. Agrega que ordenar el retorno de los gastos de administración con destino a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito, a favor de la mentada entidad, al no existir norma que disponga tal devolución, ya que el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, de forma clara establece cuáles son los dineros que deben remitirse en caso de traslado de régimen pensional, que corresponden al saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros, situación que ratifica que no le pertenecen al afiliado, sino que corresponden a una contraprestación que se reconoce al fondo privado por su gestión adelantada para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual, a más que mantener dicha condena le implicaría a la parte accionante restituir los frutos que le fueron consignados en su cuenta, en virtud de la teoría de las restituciones mutuas, como así lo ha definido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y se encuentra previsto en el artículo 1746 del C.C.

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 solicita la confirmación del fallo impugnado, ya que su afiliación es nula como consecuencia de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

17201800473 01¹⁰

falta de asesoría previa y durante la vinculación, tal y como se demostró en primera instancia. Esto teniendo en cuenta que el deber de información no nace en el año 2015, por el contrario esta dispuesto desde los años 1993 y 1994 en los Decretos 663 y 656, en los cuales se les obliga a las entidades financieras a brindar la información clara y suficiente a sus consumidores y de igual manera se les hace responsables por los perjuicios que le causen por la información que se brinde, por lo que el deber de asesoría desde las etapas previas a la afiliación hasta el disfrute de la prestación es legal y de obligatorio cumplimiento por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES, que representa un derecho que tiene todo futuro afiliado (y no solo de aquellos que son beneficiarios del Régimen de Transición), lo cual implica ser informado y conocer las consecuencias positivas y negativas de las decisiones que conlleva trasladarse de régimen, en tanto hay ventajas y desventajas que no se derivan del contenido de la norma y que requiere de un estudio especialísimo de parte de la AFP, quien tiene los mecanismos técnicos, jurídicos y profesionales con los que no cuenta un afiliado lego en seguridad, máxime cuando el demandante a la fecha del traslado de régimen pensional contaba con mas de 10 años cotizados al ISS.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que no le asiste razón al fallador, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos se probó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

17201800473 01 ¹¹

ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro cerca de 21 años y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.



A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, solicita se revoque la sentencia condenatoria de primera instancia, teniendo en cuenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces en la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada, a más que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse. Agrega que el demandante 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, al permanecer en el RAIS, conserva su posibilidad pensional. Refiere que tampoco 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 el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, dado que los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha. Concluye indicando que no es procedente la condena en costas que le fue impuesta 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

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su cumplimiento, a través de la solicitud obrante a folios 58 a 60 de las diligencias.

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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por LUIS EDUARDO HOYOS JARAMILLO, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN



En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 29); historia laboral válida para bono pensional (fls. 30 a 32, 72 a 75 y 94 a 96); certificados de información laboral (fls. 33 a 39 y 64 a 70); historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 40 a 43); historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 29 a 39, 79 a 93 y 97 a 107); derechos de petición elevados ante Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. y sus respuestas (fls. 55 a 63); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fls. 77, 223 y 264); simulación pensional (fls. 108 a 113); estudio pensión vejez (fls. 114 a 128); hoja de vida actuario (fls. 129 a 134); comunicados de prensa (fls. 224 a 225 y 266 a 267); comunicaciones emitidas por la AFP Porvenir (fls. 226 a 232 y 267 a 273); expediente administrativo allegado por Colpensiones, e interrogatorio de la parte demandante y del representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Carpeta “Videos” de expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan



la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:



«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy



Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.



Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los



ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.



Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social,



transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

17201800473 01²²

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

17201800473 01²⁵

las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria



surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro**



individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de



todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.



Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de agosto de 1978 hasta el 30 de abril de 2000, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones que milita en el expediente administrativo del expediente digital, para luego trasladarse a la AFP Porvenir el 14 de marzo de 2000 (fl. 77), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos,



respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 77), 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 a la fecha del traslado la promotora de la AFP Porvenir únicamente le indicó que dicha sociedad era la mejor opción de cara al colapso del Seguro Social, en donde además, se podía pensionar de manera anticipada, con igual o mejor monto pensional. Indica igualmente, que no le hablaron sobre el derecho al retractor, ni sobre los aportes voluntarios, como tampoco cuánto debía ahorrar para consolidar su derecho pensional. Que no recuerda si le indicaron qué sucedería con sus cotizaciones en caso de fallecimiento y que no retornó a Colpensiones



porque no sabía que podía hacerlo (Carpeta “Videos” del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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.).

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.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que tal devolución genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, amén que dichos dineros se sustentan en un mandato legal impuesto por la propia Ley 100 de 1993.



Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

17201800473 01³⁴

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de 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 la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989,



17201800473 01³⁵

9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna 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 razón y virtud de todo lo aquí expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS EDUARDO HOYOS JARAMILLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

17201800473 01³⁶

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

17201800473 01³⁷

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones en la suma de \$600.000 para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

17201800473 01³⁸

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **EDUARDO ELÍAS ALZATE ARIAS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Michel Cortázar Camelo** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y tarjeta profesional 289.256 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Dannia Vanessa Yusselky Navarro Rosas.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **EDUARDO ELÍAS ALZATE ARIAS** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, condenar a la AFP Protección devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos rendimientos e intereses; condenar a Colpensiones a continuar con su afiliación en el RPM; se condene al pago de la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio 3).



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 6 del informativo, que en síntesis indican que se afilió al otrora ISS desde el 1° de mayo de 1977, entidad donde cotizó hasta el 31 de marzo de 2001. Que continuó efectuando sus aportes pensionales a la AFP Porvenir desde el 1° de abril de 2001, sociedad a la cual además fueron trasladadas todas las cotizaciones que realizó en el ISS. Refiere que el asesor de la AFP llamada a juicio no le suministró la información necesaria para tomar su decisión de traslado, lo cual lo indujo en error. Que se presenta una diferencia entre la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen. Aduce que solicitó ante la AFP Protección la nulidad de su traslado y a Colpensiones la realización de los trámites correspondientes para continuar en el RPM, lo cual fue negado por las convocadas a juicio.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron invocadas en su contra, al considerar en esencia que, el actor se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; sumando a ello que, si el convocante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, ello se debió a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP, a más que de la documental obrante en el diligenciamiento no se observa ninguna prueba que acredite que se presentó algún vicio en el consentimiento que llegue a invalidar su afiliación. Agrega que la parte actora fue negligente al no consultar su situación pensional, pese a que tiene ciertas obligaciones como consumidor financiero, por manera



que en el caso analizado no puede concluirse cosa distinta que la concurrencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento, por cuanto la ignorancia de la ley no sirve de excusa. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política) inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica. (fls. 46 a 66).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues dicho acto se realizó en forma libre y espontánea por parte del actor, solemnizándose de esta forma su afiliación a través de la suscripción del formulario, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de el afiliado. Señala que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen



consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto valido y existente. Refiere que no es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga ineficaz o nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81, como en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica (Cd. a folio 87).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de julio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado del actor realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 2 de abril



de 2001, a través de la AFP Protección S.A.; **condenar** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno; **ordenar** a Colpensiones el traslado de los dineros que efectúe Protección S.A. para que proceda a activar la afiliación del actor, como si nunca se hubiese trasladado del RPM y asimismo actualice la información de su historia laboral en semanas de tiempo cotizado; **declarar** no probadas las excepciones de prescripción y sostenibilidad del sistema financiero propuesta por Colpensiones y la de prescripción propuesta por Protección y **condenar** en costas a las demandadas. (Cd. a folio 88).

Lo anterior por considerar el A quo, en primer lugar que, el formulario obrante en el proceso, no satisface los requisitos de que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, inciso 4°, por cuanto no se plasmaron los datos de los beneficiarios de la convocante, circunstancia que en los términos del inciso 6° *ejusdem*, impide considerar válida la afiliación, máxima cuando no obra prueba de la subsanación de esa deficiencia. Añade que, para abundar en argumentos, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Santander hoy Protección 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 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, sin que para el efecto tenga relevancia el hecho que el convocante se encuentre disfrutando de una pensión como docente del sector público, toda vez que ello corresponde a una disputa en otra clase de proceso, en donde se analice la Ley 4 de 1992 y sus alcances, máxime que ese estatus no obedeció al reconocimiento por parte del RPM o del RAIS que son los que se encuentran en controversia, razón por la cual no se subsume el caso en la doctrina del precedente vertical emanada de la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia del 10 de febrero de 2021, dentro del radicado 84475.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, respecto del interrogatorio de parte rendido por la convocante, el Juzgado de Conocimiento consideró que no había mediado confesión, no obstante, debe considerarse que en él se manifestó que en la asesoría dada al actor, se le dijo únicamente que el ISS sería liquidado, lo cual no resulta coherente con el tiempo de duración que éste le otorgó a esa reunión, que según su dicho lo fue de 10 minutos. Indica que, si bien el formulario de afiliación no tiene diligenciado el acápite de beneficiarios, lo cierto es que en el proceso no se estableció que al momento en que el demandante se trasladó al RAIS tuviera beneficiarios como hijos o esposa, por manera que tal



documental sí goza de validez, máxime que dentro del mes siguiente a su suscripción nada se indicó sobre alguna irregularidad, como así lo exige el artículo 12 del Decreto 692 de 1994. Señala que ambos regímenes pensionales tienen maneras de financiación disímiles, de suerte que el retorno del convocante al RPM implica el desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo cual se reafirma a partir de las decisiones de la Corte Constitucional, en las cuales ha reconocido esa afectación, aun cuando en ellas no se haya referido a los casos de ineficacias de traslado. Concluye indicado que se le ha impartido condena en costas a la administradora del RPM, pese a que dicha entidad está llamada a acatar el ordenamiento jurídico, y en particular, lo previsto en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la prohibición de traslado de los afiliados que se encuentran a 10 años o menos de adquirir la edad mínima de pensión, a más que el extinto ISS no tuvo ninguna injerencia en el traslado efectuado por la parte convocante y tampoco se endilga en la decisión impugnada ninguna falta por parte de Colpensiones.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la comisión de administración y las primas de seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 del 2003, que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados, el cual se destina para cubrir los gastos de administración y para pagar las primas del seguro previsional, que



además opera en ambos regímenes pensionales. Resalta que en el proceso obra como prueba el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que esos aportes obtuvieron una ganancia, lo cual implica que los mismos fueron debidamente administrados por la AFP, de suerte que la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues se le trasladaría una suma dineraria que ni siquiera se encuentra destinada a financiar la pensión de vejez, que es adicional a los rendimientos financieros y que la sociedad Protección tiene derecho a conservar como restitución a su favor. Indica que conforme al Decreto 2555 de 2010, los recursos administrados por las AFP son vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, organismo que mediante Concepto del 17 de enero de 2020 precisó que la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación conlleva la aplicación del artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, cuyo texto preceptúa como dineros a retornar en el traslado de régimen, el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje de la garantía de pensión mínima únicamente. Agrega que conforme a la Superintendencia Financiera tampoco debe disponerse el traslado de la prima de seguro previsional, dado que la misma ya fue sufragada y la aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, estando la AFP imposibilitada para solicitar su devolución a fin de concretar su traslado a Colpensiones, por tratarse la compañía de seguros de un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre el demandante y Protección. Concluye indicado que, en todo caso, el fenómeno de la prescripción



opera sobre esos gastos de administración, al ser conceptos que se descuentan de manera periódica y que no financian directamente la prestación económica por vejez, en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

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 apoderada de la **AFP PROTECCIÓN** refiere que todas las actuaciones de la sociedad en referencia siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, y es por ello que todas las personas a ella afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; sumando a ello que, todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss., a más que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo; así, el Decreto 1161 de 1994 consagra el derecho que tienen los afiliados de retractarse de su decisión o elección de régimen pensional en los 5 días siguientes a la suscripción del formulario, posibilidad que no usó la parte convocante, como tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003 literal e), la



cual consiste en la posibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando ha permanecido en el mismo durante 5 años siempre y cuando no le falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez, tampoco optó por regresar al RPM en el periodo o año de gracia otorgado por el art. 1 del Decreto 38010 de 2003, a pesar de que esta prerrogativa fue ampliamente publicitada por las Administradoras de fondos de pensiones a través de Asofondos mediante aviso en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004. Aduce que la devolución de la comisión de administración, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente, ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que esta tiene derecho a conservarla como restitución mutua a su favor.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por el demandante, por cuanto el mismo se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2°, elemento que se encuentra debidamente probado, ya que de la documental arrojada ante el Despacho en primera instancia, se observó la cédula de ciudadanía del señor ALZATE ARIAS, que nació el 14 de febrero de 1952, por lo que al momento de la impetración de la presente acción ya contaba con 67 años de edad, a más que al 1° de abril de 1994, no cuenta con 750 semanas de cotización, como así lo



exige la jurisprudencia constitucional. Refiere que en el RAIS sí es posible pensionarse con una mesada superior al RPM, al igual que acceder a la prestación en cualquier tiempo, siempre y cuando se cuente con el capital mínimo para ello; sumando a ello que sobre la presunta información que el ISS se liquidaría, la misma corresponde a la realidad, teniendo en cuenta que surgió COLPENSIONES en su lugar; en todo caso el demandante podía salir fácilmente de cualquier error al observar que aún existe una administradora de pensiones del RPM, a la cual no se trasladó, lo que aunado al paso del tiempo, permite concluir que conoce y acepta las características del RAIS, por lo que no se logra comprobar ningún elemento para invalidar su afiliación.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su cumplimiento, a través de la solicitud obrante a folios 23 a 25 de las diligencias.



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*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por EDUARDO ELÍAS ALZATE ARIAS, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., antes SANTANDER junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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, derechos de petición elevados ante la AFP Protección y Colpensiones junto con sus respuestas (fls. 17 a 27); historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 28 a 29 y 68 a 74); historia laboral emanada de la AFP Protección (fls. 30 a 39); copia de cédula de ciudadanía del demandante (fl. 40); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 67); certificación estado de afiliación emitido por Colpensiones; pruebas documentales allegadas por la AFP



Protección junto con la contestación de la demanda (Cd. a folio 87) e interrogatorio de la parte demandante (Cd. a folio 88).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros*



información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es



necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».



Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin,



la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.



Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).



Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

03201900835 01 21

incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

- 1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*
- 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
- 3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y



efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».



En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

03201900835 01 24

reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales; a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.



Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***



la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

03201900835 01 27

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 SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 y SL 1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico



de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de mayo de 1977 hasta el 31 de marzo de 2001, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 68 a 74, para luego trasladarse a la AFP Santander hoy Protección el 12 de abril de 2001 (fl. 67 contestación Protección Cd. a folio 87); 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 Santander hoy Protección, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 67 contestación Protección Cd folio 87), de cuyo contenido resulta inane la discusión si fue debidamente diligenciado, en especial, en el acápite de beneficiarios, pues conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia este 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 *«(..) en el año 2001, yo solamente estoy pensionado por el Distrito, en el año 2001 estaba normalmente cotizando en ese tiempo lo que era el Seguro Social, llegó un asesor de Banco Santander y nos convenció a más de uno que nos afiliáramos al Banco Santander ya que según él, el ISS iba a fracasar. Llevaba en sus manos ya el formulario y firmamos, eso hizo que más de un compañero hiciéramos lo mismo. Esa fue la razón por la cual no me explicaron nada, absolutamente nada, porque el Seguro Social iba a fracasar, que el único futuro era el fondo privado, en ese momento era el Banco Santander (..) no, no habló del bono pensional. No hubo tiempo suficiente porque como éramos docentes y teníamos poco tiempo para atenderlo por el cuidado de los niños, entonces en ese momento fue rápido la*



gestión que se hizo, no hubo tiempo para dialogar nada de eso. Sencillamente firmamos, y yo firmé (...) duró 10 minutos máximo. No sé exactamente, pero no duró más de eso, porque no disponíamos de un tiempo de descanso, como soy docente, entonces no podía dejar los niños solos». (Cd. a folio 88).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, ni siquiera por vía de confesión, contrario a lo referido por Colpensiones, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Santander hoy Protección 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.).

Por manera que, Protección 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.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Protección S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se



encuentran soportadas en la ley, no hacen parte de la pensión del afiliado y está sometidas al fenómeno de la prescripción.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.



(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

En lo referente a la prescripción en torno tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).



Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

La parte demandada COLPENSIONES en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a la pasiva, COLPENSIONES, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.



Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Protección S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 26 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **EDUARDO ELÍAS ALZATE ARIAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Protección S.A. y Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

03201900835 01 36

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara Voto

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección y Colpensiones en la suma de \$600.000 para cada una.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ PUERTO** CONTRA **VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S., INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** y **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ PUERTO** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor con VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S. por el interregno del 16 de marzo de 2017 al 27 de julio de 2018, desempeñando el cargo de inspector de obra, percibiendo un salario mensual de \$1.700.000; asimismo, que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. son solidariamente responsables, conforme al artículo 34 del CST y que el vínculo laboral fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; como consecuencia, se condene a las demandadas a reconocer y pagar a su favor los salarios insolutos desde la segunda quince de abril de 2018 hasta el 27 de julio de símil año, prestaciones sociales generadas en el año 2018, vacaciones por todo el tiempo laborado, aportes a seguridad social no pagados, indemnización por despido sin justa causa, intereses moratorios, indemnización moratoria, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio 4 a 6 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 3 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que laboró para la sociedad VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S. a través de contrato de trabajo por obra o labor contratada, desempeñando el cargo de inspector de obra, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2017 hasta el 27 de julio de 2018, percibiendo un salario mensual de \$1.700.000; que sus servicios fueron prestados dentro del marco del contrato de obra No. 1115 de 2016 celebrado con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, organismo que ostentó la calidad de beneficiario; que el mencionado contrato de obra fue terminado por el



IDU por caducidad, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de VICON S.A.S. y es por ello que dicha sociedad le hizo extensiva la comunicación de fecha 26 de julio de 2018, mediante la cual dio por terminado su contrato de trabajo aduciendo la terminación de la obra o labor contratada y estableciendo 15 días para el pago de las acreencias laborales adeudadas. Refiere que a la fecha el dador del laborío no le ha reconocido los salarios y aportes a seguridad social integral de los meses de abril a julio de 2018, cesantías y sus intereses del año 2018, prima de servicios del año 2018, vacaciones por el tiempo laborado, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria e intereses. Agrega que dentro del contrato de obra No. 1115 de 2016 el empleador tomó la póliza No. NB-100064446 con la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. que ampara los pagos de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con vigencia del plazo contractual y 3 años adicionales, esto es, hasta el 26 de julio de 2021, por valor equivalente al 10% del valor total del contrato. Sostiene que el 22 de marzo de 2019 la liquidadora de VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S. radicó un memorial informando que la empresa demandada se encuentra en proceso de liquidación judicial.

CONTESTACIÓN: La demandada **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, por intermedio de apoderada judicial, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas, aduciendo que no existe con el demandante ningún vínculo laboral, ni tampoco es solidariamente responsable de rubro alguno, debido a que la relación derivada del contrato de seguro es independiente de la relación contractual existente entre el IDU y VICON S.A.S., así como de la relación laboral existente entre esta última y el demandante. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por activa de la parte actora para demandar a la Compañía Mundial de Seguros S.A. – falta de legitimación en la causa por pasiva de la



Compañía Mundial de Seguros S.A. para ser demandado; inexistencia de solidaridad de Compañía Mundial de Seguros S.A.; independencia de la relación entre aseguradora y asegurado frente a la relación entre demandante y asegurado; cobro de lo no debido; inexistencia de solidaridad del Instituto de Desarrollo Urbano; inexistencia de la obligación de pagar indemnización por despido sin justa causa; ausencia de demostración de mala fe en el no pago oportuno de la liquidación; ausencia de configuración del siniestro; límite del valor asegurado; excepción de pago y excepción genérica (folios 189 a 208 del expediente digital).

A su turno, la demandada **VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, por intermedio de apoderada judicial, manifestó su oposición a la totalidad de las pretensiones, al considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho, en tanto todos los acreedores deben sujetarse a las reglas de la liquidación, en atención a lo determinado por la ley de insolvencia, esto es, la Ley 1116 de 2006. Añade que el contrato de trabajo del actor lo fue bajo la modalidad de obra o labor determinada, el cual terminó por la finalización de la obra. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó pago, prescripción, confusión, convención extintiva, defecto legal, buena fe y la genérica (folios 236 a 245 del expediente digital).

Por su parte, la entidad demandada **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**, por intermedio de apoderada judicial formuló oposición a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no convino con el demandante ningún tipo de vínculo, precisando que la única llamada a responder por las acreencias laborales reclamadas es la sociedad Vicon S.A.S. con base en lo estipulado en la Cláusula Trigésima del contrato de obra No. 1115 de 2016 que refiere la inexistencia de relación laboral entre el IDU y el contratista o su personal. Añade que no es procedente acceder a la



responsabilidad solidaria pretendida, toda vez que el objeto social de Vicon SAS no presenta identidad con la naturaleza jurídica y fines para los cuales fue creada la entidad pública convocada al proceso IDU

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los que denominó ausencia de relación laboral con el demandante; falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el IDU; cobro de lo no debido; carencia de solidaridad en cuanto a las obligaciones a cargo de VICON S.A.S. frente al IDU; compensación; buena fe y declaratoria de otras excepciones (fls. 249 a 258 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 8 de marzo de 2021, resolvió **declarar** que entre el demandante y VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S., existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que tuvo vigencia entre el 16 de marzo de 2017 hasta el 27 de julio de 2018, ocupando el cargo de inspector de obra y devengando mensualmente \$1.700.000, el cual terminó por justa causa ante la finalización de la labor u obra para la cual fue contratado el demandante; **condenar** a la demandada VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.-VICON S.A.S., a pagar favor del demandante por salarios entre el 16 de abril hasta el 27 de julio de 2018 la suma de \$5.780.000, por cesantías 2018 \$977.500, intereses cesantías 2018 \$67.448, prima de servicios 2018 \$977.500, vacaciones todo el contrato \$1.161.667, para un total de \$3.184.114; **condenar** a la demandada VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.- VICON S.A.S. en Liquidación, a pagar favor del actor la suma diaria de \$56.667, a partir del 28 de julio de 2018 hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera; **condenar**



a la demandada VICON S.A.S. en liquidación al pago de aportes en Seguridad Social en Pensiones a favor del demandante en el fondo de pensiones al que este se encuentre afiliado actualmente, por el periodo del 1° de abril hasta el 27 de julio de 2018, teniendo como IBC \$1.700.000 mensual; **declarar** solidariamente responsable al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, del pago de las condenas de que fue objeto la demandada VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. -VICON S.A.S. en Liquidación; **condenar** a la demandada COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. al pago de las condenas de que fue objeto solidariamente el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, en virtud de la póliza NB-100064446 del 27 de diciembre de 2016. De darse el caso en que el monto se agote o algún concepto no sea susceptible de amparo, deben las demandadas IDU y VICON S.A.S. en Liquidación entrar a asumir dicho pago; **declarar** probada la excepción de inexistencia del contrato aportado por el demandante; **declarar** probada la excepción denominada inexistencia de la obligación de pagar indemnización por despido sin justa causa propuesta por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.; **condenar** en costas a las demandadas y **absolver** a las demandadas de las demás pretensiones.

Lo anterior por considerar el *A quo* que, conforme a lo aceptado por Vicon S.A.S. y las pruebas documentales allegadas al informativo, se constata que dicha sociedad celebró con el accionante contrato de obra o labor determinada, ejecutado desde el 16 de marzo del 2017 hasta el 17 de julio de 2018, en virtud del cual se desempeñó como inspector de obra, a cambio de una asignación mensual de \$1.700.000. Sostiene que, el contrato celebrado entre Vicon S.A.S. y el IDU terminó por caducidad, la cual si bien no corresponde a la forma normal de terminar un contrato de obra, sí implica su finalización anticipada o excepcional, por manera que el contrato de trabajo del actor finiquitó por las razones a él aducidas, que representan una justa causa. Refiere que en el *examine* no se halla prueba del pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones reclamadas, por manera que procede su reconocimiento a favor del convocante. Indica que no son oponibles al demandante los malos manejos que llevaron a la empresa a un



proceso de reorganización y finalmente su liquidación, de suerte que debe imponerse condena a título de indemnización moratoria. En lo que se refiere a los aportes a la seguridad social, manifiesta que es procedente impartir condena por las cotizaciones insolutas a pensión y por los periodos reclamados, al no existir prueba de su pago. Agrega que los objetos sociales del IDU y VICON S.A.S. son afines, a más que el demandante desempeñó el cargo de inspector en la ejecución del contrato 1115 del 2016 celebrado entre ambas convocadas, por lo que se encuentra más que acreditada la solidaridad del IDU, quien al ser conocedor de ello, estableció en el contrato en mención la obligación de constituir una póliza en su favor, con el fin de cubrir las contingencias del no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. Manifiesta que es viable que las víctimas, en este caso los trabajadores, a semejanza del seguro de responsabilidad civil, reclamen directamente a la aseguradora convocada, dado que son quienes tienen interés económico en que la cobertura de la póliza sea eficaz y que sus perjuicios sean reparados, al igual que la víctima en el seguro de responsabilidad, de manera que como son los destinatarios de los recursos correspondientes a la indemnización derivada de los daños patrimoniales causados por el asegurado contratante en virtud de la responsabilidad solidaria, se constituyen en beneficiarios del amparo, más allá de que no sean así reconocidos en la póliza, teniendo acción directa contra la aseguradora, en similar sentido a la acción consagrada en el artículo 1133 del Código de Comercio, pero adecuado al procedimiento laboral, lo que se traduce en la posibilidad de exigirle judicialmente a la aseguradora el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales siempre que logre demostrar la responsabilidad solidaria, que en este caso se probó. Concluyendo que Compañía Mundial de Seguros debe concurrir en el pago de las acreencias demandadas hasta el límite de la cobertura de la póliza.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, la indemnización moratoria consiste en una sanción que se impone al empleador moroso que no actúa de buena fe, circunstancia que no se constata en el presente caso, por cuanto del material probatorio se evidencia que VICON S.A.S. entró en insolvencia que la llevó a su liquidación judicial, proceso dentro del cual ha estado



presta a realizar los pagos pendientes por órdenes del liquidador respecto del convocante, quien se ha tardado en presentar su acreencia para calificación y graduación, quedando postergado su crédito por extemporáneo, circunstancia que no le es atribuible al empleador ni al IDU. Agrega que aun cuando la insolvencia de una empresa no le es oponible al trabajador, en este caso existe una responsabilidad del demandante frente al hecho que no se le reconocieran sus acreencias en el proceso liquidatorio, toda vez que no se ha presentado oportunamente, pese a que el crédito goza de prelación legal y por lo mismo iba a ser pagado, de suerte que la mora no es atribuible únicamente a Vicon S.A.S. Refiere que la figura de la solidaridad, conforme lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL35938 de 2011 de ninguna manera debe conllevar a que el verdadero responsable, en este caso el empleador, evada sus obligaciones, no obstante, en la práctica, esa mora del trabajador de presentarse al proceso liquidatorio genera que el solidario sea el único responsable debido al proceso de liquidación. Indica que en todo caso, esa mala fe no puede hacerse extensiva al IDU porque el Instituto siempre actuó en sentido contrario en el marco de lo establecido por las normas que rigen la contratación pública, esto es, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2003, a más que se sujetó al contrato 1115 de 2016, en donde se estableció claramente que la obligación de pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones radica únicamente en el contratista, siendo claro que por virtud de ello, tampoco podía realizar ningún pago a favor del trabajador. Concluyendo que en el presente caso el IDU actuó de buena fe, motivo por el cual no está llamado a responder por la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, máxime cuando su obligación de pagar salarios y prestaciones a favor del trabajador surge cuando así se lo ordena el juez laboral y no a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el cual en el parágrafo 1º cláusula 1ª excluyó de cualquier responsabilidad derivada de la relación laboral a terceras personas jurídicas que contrataran con Vicon S.A.S.



A su turno, **la demandada VÍAS Y CONSTRUCCIONES – VICON S.A.S.**, interpuso recurso de apelación, aduciendo como motivos disidencia que la apertura de la liquidación judicial implicó la terminación de todos los contratos de trabajo, la separación del cargo de los administradores y la cesación de funciones por parte de la empresa, surgiendo la imposibilidad de realizar pagos a cualquier tipo de personas, así se trate de un trabajador, dado que se desconocería el principio de universalidad; acota que la sentencia de primera instancia dispone el pago de una indemnización moratoria, pese a que se encuentra impedida a realizar el pago de este tipo de obligaciones, lo que además, no permite considerar que ha actuado de mala fe, por manera que se le debe exonerar del pago de la referida sanción, en virtud de la apertura del proceso de liquidación judicial datado 14 de diciembre de 2018. Acota que en gracia de discusión, se debe impartir condena por tal indemnización hasta la fecha en que se dispuso la apertura de la liquidación. Concluye indicando que no se hizo la reclamación oportuna de la obligación del demandante, de suerte que ya se encuentra reconocida como laboral contingente o extemporánea por suma de \$10.000.000, la cual quedó graduada en primera clase y se encuentra supeditada a la liquidez de la sociedad, no encontrando vocación de pago, como se evidencia en el auto proveniente de la Superintendencia de Sociedades.

Por su parte, **el extremo pasivo COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, interpuso recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que la indemnización moratoria no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación del actuar del deudor, a fin de verificar si existen razones serías que justifiquen su conducta omisiva que lo ubiquen en el terreno



de la buena fe; sumando a ello que, en el *examine* no se demostró la mala fe por parte de VICON SAS respecto del pago oportuno de la liquidación, y por el contrario, se determinó que la situación de la empresa impidió realizar ese pago de manera oportuna. Añade que no existe ley sustancial que faculte al trabajador para convocarla al proceso, amén que su situación no se puede asemejar al seguro de responsabilidad de que trata el artículo 1133 del Código de Comercio, el cual es sustancialmente diferente al seguro de cumplimiento, dado que respecto de aquel debe verificarse el daño, la culpa y la relación de causalidad, por manera que existe en el presente caso falta de legitimación en la causa por activa, al no mediar un vínculo contractual entre el demandante y la aseguradora, no pudiéndose hacer un símil entre el artículo 1133 *eiusdem* con el seguro de cumplimiento, al no existir una norma que así lo faculte, a más que el artículo 123 del Código de Comercio establece que los únicos legitimados para reclamar ante la aseguradora, corresponden al asegurado y el beneficiario. Acota que conforme a la póliza, quien trasladó el riesgo fue Vicon y quien tiene el interés asegurable es el IDU, sin que se encuentren implicados los trabajadores, porque la cobertura se extiende únicamente al cubrimiento de los perjuicios que se causan a la entidad estatal, máxime que existen dos relaciones jurídicas diferentes que no se pueden confundir, esto es, la del demandante con Vicon y el IDU, y la del IDU con la compañía aseguradora, que debe ser analizada a la luz del contrato de seguros de manera exclusiva. Concluye indicando que el amparo de la póliza involucra salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pero frente a la entidad estatal, a más que no se puede condenar a la aseguradora en virtud de la condena impuesta al IDU, en tanto en el *sub judice* no existió llamamiento en garantía, siendo equivocada la decisión de reconocer a la Compañía Mundial de Seguros como responsable solidaria de las obligaciones demandadas.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada: La apoderada del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU** manifiesta que está probado que el empleador no actuó de mala fe, sino que entró en insolvencia lo que obligó su liquidación judicial, y la sociedad VICON sí estuvo presta a realizar los pagos correspondientes por órdenes del liquidador debidamente designado, no pudiendo hacerlo respecto del demandante por la tardanza de este en presentar su acreencia para calificación y graduación, quedando postergado el crédito por extemporáneo, circunstancia que no es atribuible ni a la Empresa en liquidación, ni mucho menos al IDU. Añade que el Despacho de primer grado no valoró estando debidamente probado, que el IDU siempre actuó de buena fe, en el marco de lo establecido por las normas que rigen la contratación pública en Colombia (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) y de lo pactado en el contrato de obra 1115 de 2016, en que se estableció claramente que la obligación de pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones de su personal estaba únicamente en cabeza del contratista, de manera que la omisión en el pago por parte del IDU está amparada en una actuación legítima y con respaldo jurídico, que es la de estarse a lo pactado en un contrato estatal legalmente celebrado, por tanto, no resulta válido imponerle la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, puesto que la obligación de pagar emolumentos de carácter laboral a favor del demandante, solo surgirá para el Instituto cuando así se le imponga en un fallo ejecutoriado emitido por esta jurisdicción y no con la simple terminación de la relación laboral. Concluye indicando que se debe desestimar el recurso de apelación interpuesto



por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., procediendo a confirmar el numeral sexto del fallo impugnado.

A su turno, la demandada **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** refiere que en el presente caso existe falta de legitimación en la causa por activa del señor Pablo Antonio Hernández para demandar directamente a la aseguradora, en tanto que no existe relación o vínculo alguno de carácter contractual o extracontractual entre el demandante y la aseguradora, a más que la ley sustancial no lo faculta para ejercer acción directa en contra de esta. Añade que el demandante vincula a la Compañía Mundial de Seguros S.A. con ocasión de la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales No. 100064446 contratada por VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S VICON S.A.S. dentro del Contrato de Obra No. 1115 de 2016 suscrito con el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, la cual tiene como objeto amparar los perjuicios causados a la entidad estatal contratante derivados del incumplimiento del contratista de cualquiera de sus obligaciones contractuales, acotando que al tratarse de una póliza de cumplimiento que ampara única y exclusivamente la responsabilidad contractual en que pueda incurrir el contratista con ocasión del Contrato de Obra No. 1115 de 2016, quien se encuentra legitimado para realizar un reclamo a la aseguradora es directamente el IDU, pues es quien figura como asegurado y beneficiario del seguro; un tercero ajeno a la relación contractual suscrita entre la entidad y el contratista no tiene la facultad para efectuar reclamación a la aseguradora. Concluye indicando que no obra prueba en el expediente, ni el demandante hace referencia al obrar del empleador, motivo por el cual no es procedente reconocer lo solicitado a título de indemnización moratoria, pues no se cumplió con la carga de demostrar que se desconoció el principio de buena fe.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y los recursos de apelación propuestos por las demandadas, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de indemnización moratoria.

De otro lado, se determinará si la demandada Compañía Mundial de Seguros S.A. está llamada a responder por las obligaciones laborales a cargo de Vicon S.A.S. en virtud de la póliza NB-100064446.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por VICON S.A.S. al contestar el escrito introductor; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del documento de identificación del accionante (fl. 16 del expediente digital), aviso apertura proceso de liquidación judicial (fls. 24 a 25 del expediente digital); auto emitido por la Superintendencia de Sociedades mediante el cual se decreta la apertura del proceso de liquidación judicial de VICON S.A.S. (fls. 26 a 33 del expediente digital); contrato de obra 1115 de 2016 (fls. 38 a 64 y 305 a 332 del expediente digital); acta de inicio

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



de contrato de obra (fl. 65 del expediente digital); contrato de trabajo por el término de duración de la obra o labor (fls. 66 a 70 y 288 a 297 del expediente digital); comunicación de terminación del contrato de trabajo por finalización de la obra o labor (fl. 71 del expediente digital); certificación laboral (fl. 72 del expediente digital); comprobantes de nómina (fls. 73 a 92 del expediente digital); acta de aprobación de garantías y pólizas de seguro de cumplimiento (fls. 92 a 96, 215 a 223 y 281 a 286 del expediente digital); Resolución No. 003257 de 2018 *“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos frente al acto administrativo 000002932 de 2018 por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato IDU 1115 de 2016”* (fls. 97 a 113 y 333 a 349 del expediente digital); Resolución 002932 de 2018 *“Por medio de la cual se declara la caducidad del contrato de obra No. 1115 de 2015”* (fls. 114 a 153 y 350 a 390 del expediente digital); reclamación administrativa y su respuesta (fls. 154 a 168 del expediente digital); garantía única de cumplimiento (fls. 209 a 214 del expediente digital); formularios y certificaciones de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral (fls. 299 a 300 del expediente digital); certificado médico de aptitud laboral (fl. 301 del expediente digital); constancia de entrega de elementos de protección personal (fl. 302 del expediente digital); notificación de riesgos, políticas y reglamentos internos (fls. 303 a 304 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un contrato por obra o labor determinada, PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ laboró al servicio de la demandada VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S. por el interregno del 16 de marzo de 2017 al 27 de julio de 2018, desempeñando como último cargo el nominado Inspector de Obra, con una asignación básica mensual de \$1.700.000 (fls. 66 a 72). Supuestos fácticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio.

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.



INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate el extremo pasivo se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«el reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*

Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si el empleador ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.



Ahora, atendiendo la distribución de la carga de la prueba, es necesario memorar que bajo el abrigo de las normas generales de la prueba y el traslado de la misma cuando se presenta una negación indefinida, como es la ausencia de pago, bajo lo reglado en el inciso final del artículo 167 del CGP, es precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le «*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*» y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se «*consider[e] en mejor posición para probar en virtud de la cercanía con el material probatorio*», demostrar aquellos que reclama, es decir, será el llamado a acreditar el supuesto de facto.

Así, bajo tales disposiciones y en tratándose de la demostración de un acto propio, indiscutible resulta concluir que es el empleador el que debe controvertir con pruebas el devenir correcto en su proceder, tal como lo manifestó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3936-2018 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al enseñar:

*«Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, **el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta.** Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos **por la defensa** son razonables y aceptables.*

(...)



*Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y **dicha carga probatoria le corresponde a la accionada** (...) ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto» (acentúa la sala)*

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de VICON S.A.S. para la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria y, que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues no obra dentro de las diligencias probanza que demostrara para el 27 de julio de 2018 diligencia en el pago, o por lo menos, motivos excepcionales para no efectuarlo.

Al punto, no resultan acertadas las manifestaciones de las demandadas al señalar que VINCON S.A.S. se encuentra en proceso de liquidación y que la tardanza en el pago de las acreencias laborales del actor se debe a su falta de reclamación oportuna dentro de tal proceso, pese a reconocer la deuda que la aquejaba a título de acreencias laborales, pues, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, y en especial la comunicación de la liquidadora visible a folios 24 a 25 del expediente digital, la apertura del proceso de liquidación judicial del dator del laborío tuvo lugar solo a partir del auto de fecha 4 de diciembre de 2018 emitido por la Superintendencia de Sociedades, esto es, en una fecha muy posterior al finiquito laboral, de suerte que tales circunstancias ni siquiera deben ser valorada por la Sala de Decisión, dado que como se advirtió, el actuar del empleador desde el escenario de la buena o mala fe, debe ser analizado a la fecha de terminación del contrato de trabajo.



Por manera que, el simple conocimiento de adeudar rubros laborales no conduce a configurar la existencia de una buena fe, como tampoco lo es el indicar que se encontraba en una situación económica difícil o quiebra, pues pese a que para el momento en que finalizó el contrato de trabajo de obra o labor VICON S.A. se encontraba en proceso de reorganización, como así lo establece el legajo obrante a folios 26 a 27 del expediente digital, lo cierto es que ello no corresponde a una justificación válida como lo ha enseñado *in extenso* la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la sentencia rad. 34778 del 1° de junio de 2010, al indicar:

«Si bien en la carta de despido se alude a una difícil situación económica del Club como causal de la extinción de la vinculación laboral del actor (fl. 23), tal misiva se erige en prueba del despido pero no acredita la motivación en ella expuesta, que, por otra parte, tampoco es eximente de la sanción moratoria, ni fue alegada al contestarse la demanda.

No sobra recordar que **sobre la crítica situación económica de la empresa la Sala**, de vieja data, ha dicho:

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, **pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T**, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)».

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a respaldar la decisión del *a quo* relativa al reconocimiento y pago de la indemnización relatada, en tanto no es de recibo el argumento que expone la pasiva para liberarse de la pretensión, al desconocer que es el empleador quien tiene la obligación de realizar el pago de las acreencias laborales adeudadas de manera inmediata a la terminación del nexo y sin que se adelantara gestión alguna por el trabajador a fin de suplir el pago debido.

Máxime cuando, la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha sido constante en adoctrinar que la reestructuración empresarial no constituye un eximente valedero para liberarse de la indemnización moratoria, entre muchas, en la sentencia SL 16884-2016 enseñó:

*«Sin embargo, en atención a que, como ya se explicó, la indemnización no se debe imponer ni excluir de manera automática, la Sala ha clarificado que **no basta con demostrar el sometimiento de la empresa al proceso de reestructuración para prescindir de la condena por indemnización**, pues es preciso, en todo caso, evaluar la conducta del empleador, ya que, incluso en tales estados especiales de recuperación económica, puede incurrir en actos contrarios a la buena fe, que lo hacen merecedor de la sanción (CSJ SL, 3 jun. 2009, rad. 33648; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288). En esta última decisión, la Corte explicó ampliamente:*

(...)

En el proceso de reestructuración de pagos se aprecian claramente dos etapas: una que corresponde a la fijación de los derechos de voto de los acreedores, de acuerdo con el monto establecido de sus créditos; y la segunda, que comprende la negociación propiamente dicha, cuya vocación es la de que finalice con un acuerdo de pagos, para lo cual se cuenta con cuatro meses. Tal acuerdo se ha de celebrar por escrito, donde debe, entre



otros temas, dejarse claro el monto de la deuda y los plazos para el pago, y es obligatorio para las partes.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que **el ad quem no acertó cuando, para efectos de aplicar el artículo 65 del CST, dedujo la buena fe del empleador con la sola admisión de la solicitud del acuerdo, con base en el artículo 17 prenombrado, pues de esta disposición no se desprende que, una vez iniciado el trámite, el empleador quede imposibilitado, indefinidamente, para el pago de los créditos laborales. La negociación, celebración y ejecución del acuerdo no dura indefinidamente; está visto que la finalidad del proceso de reestructuración es reactivar la empresa, sin perjuicio de los derechos de los acreedores, mediante el cumplimiento de las obligaciones dentro de los plazos negociados entre el empresario y los titulares de derecho de crédito a su cargo.**

(...)

De acuerdo con lo dicho, **el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva**, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si **la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas** y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.

(...)» (Resalta fuera de texto)

Dimanando en la necesaria confirmación de la sentencia de primer grado sobre este aspecto, porque no obra elemento de convicción que permita detallar una diáfana intensión en solventar las obligaciones contractuales debidas, siendo oportuno acotar que la misma no está llamada a ser limitada a la fecha de apertura de liquidación judicial de VICON S.A.S., en la medida que la citada aun no ha desaparecido de la vida jurídica y no se encuentra en medio de una situación insuperable que se constituya en un hecho impeditivo para el cumplimiento de sus obligaciones a su cargo; por el contrario, se encuentra surtiendo un proceso que de acuerdo a las normas de la liquidación y a la graduación y calificación de créditos, le permite, mediante el aprovechamiento del patrimonio como deudora, solventar sus obligaciones dentro de las cuales los créditos laborales se consideran por la ley como de primera clase.



Adicionalmente, ha de precisar el Colegiado que sobre el punto debatido, en nada interesa el actuar del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, dado que este no fungió como empleador del demandante, según lo probado en el proceso y él mismo lo refirió en su contestación de la demanda, a más que fue llamado a la acción como obligado solidario, cuya responsabilidad con sustento en el artículo 34 del CST en efecto encontró probada el *a quo*, decisión frente a la cual no se hace ninguna oposición en la alzada.

De manera que, al no ostentar esa condición de patrono, no es procedente analizar su conducta para efectos de analizar la indemnización moratoria, como así lo pretende en el recurso de apelación, siendo su obligación concurrir en su reconocimiento como responsable solidario, según así se determinó en primera instancia, al no existir opugnación sobre este aspecto.

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

Controvierte la demandada Compañía Mundial de Seguros S.A. la decisión del Juzgado de Conocimiento, en cuanto impartió condena en su contra como responsable de las obligaciones reconocidas a PABLO ANTONIO HERNÁNDEZ, pues a su juicio considera que el convocante no estaba legitimado para llamarla a la acción, al no existir norma laboral que así se lo permita, amén que el trabajador no es beneficiario de la póliza adquirida por Vincon S.A.S. dentro del marco del contrato estatal 1115 de 2016, la cual en todo caso no puede ser confundida con el seguro de responsabilidad civil, en aras de permitirle la acción directa contra el asegurador, definida en el artículo 1133 del Código de Comercio.



Sobre el particular, lo primero que debe destacar la Sala es que el Juzgado de Conocimiento al definir la eventual responsabilidad que le asiste a la Compañía Mundial de Seguros S.A. en relación con las obligaciones demandadas, ignoró los argumentos dados por el demandante para vincular al presente proceso a la citada, los cuales se fincaron en la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del CST, por considerarla beneficiaria de la obra contratada por el IDU, como así lo estableció en las pretensiones de la demanda que se advierten a folio 4 del diligenciamiento.

Y es que en puridad de verdad, el fallador de primera instancia nada dilucidó en relación con esa responsabilidad endilgada por la parte actora, porque si su análisis se hubiere enfocado sobre esa senda, se hubiere percatado que la misma carecía de visos de prosperidad, al no concurrir en la aseguradora demandada los presupuestos del artículo 34 del CST, y en especial, el de no ostentar la calidad de beneficiaria de la obra objeto del contrato 1115 de 2016 celebrado entre VICON S.A.S. y el IDU, pues nótese que Compañía Mundial de Seguros S.A. cumple el papel de asegurador dentro de la póliza NB 100064446 en donde es tomador VICON S.A.S. y beneficiario el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU (fls. 215 y s.s. del expediente digital), que claramente constituye un negocio jurídico diferente al contrato estatal No. 1115 de 2016.

Ahora bien, el fallador de primer grado a efectos de responsabilizar a la aseguradora de las acreencias reclamadas, consideró que el actor podía demandarla directamente, al ser su situación asimilable a la acción estatuida en el artículo 1133 del Código de Comercio que preceptúa la acción directa contra el asegurador, cuando se trata del seguro de responsabilidad civil, máxime que se encuentra probada la solidaridad del IDU.



Tesis esta que no comparte para nada el Colegiado, en la medida que, tal y como lo advierte la aseguradora apelante, la legislación laboral no prevé tal acción en su normatividad sustantiva, ni en su normatividad adjetiva, no siendo además posible, echar mano de dicho instituto de naturaleza comercial para dirimir la controversia planteada, ni siquiera por vía de remisión analógica, como quiera que el Código de Comercio no es la norma llamada a suplir aquello que no se encuentre regulado en el CST o en el CPT y de la SS.

A lo anterior, ha de sumarse que no considera la Sala procedente analizar la responsabilidad que radica en cabeza de Compañía Mundial de Seguros S.A. en virtud de la póliza ya referida, dado que como lo advierte su apoderada en la alzada, ésta no fue vinculada al proceso como correspondía en virtud del artículo 64 del C.G.P., al no ser llamada en garantía por parte del beneficiario del amparo, esto es, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU; por consiguiente, habrá de **revocarse** lo decidido por el Juez frente a este puntual aspecto.

COSTAS.

La parte demandada VICON S.A.S. en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda



prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a la pasiva, VICON S.A.S., bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena, sin que sean atendibles las razones sustentadas en el proceso de liquidación, pues en él habrá de definirse el orden en que estas deben pagarse.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo* respecto de la citada, al igual que en relación con el IDU. No así respecto de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., quien en esta instancia será absuelta de las pretensiones invocadas en su contra. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 8 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.



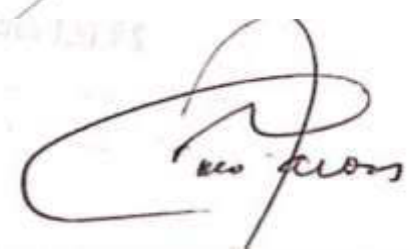
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS. Modificar la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo únicamente de las demandadas VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. – VICON S.A.S. e INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO, FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ y NICOLAS BARRERA NIÑO** contra **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

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»



DEMANDA: El señor ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO, FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ y NICOLAS BARRERA NIÑO solicitan se declare que el señor Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) al momento de su deceso tenía acreditados los presupuestos pensionales contemplados en la Ley 100 de 1993 para acceder a la garantía de pensión mínima de vejez; que Flor Esmeralda Niño en calidad de compañera permanente y madre del menor Nicolás Barrera Niño tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que Andrés Felipe Barrera Niño en calidad de hijo mayor de edad de la pareja tiene derecho a la pensión de sobrevivientes de su padre.

Como consecuencia de las declaraciones, solicita se condene a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a favor de Flor Esmeralda Niño Mendez; que se reconozca la pensión a favor de Nicolás Barrera Niño en calidad de hijo del de cujus, mientras cumpla su mayoría de edad y hasta cuando acredite los estudios de Ley; que Andrés Felipe Barrera Niño tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión hasta el 10 de octubre de 2022 o hasta que acredite la calidad de estudiante; que se ordene el pago de las mesadas ordinarias y adicionales causadas y dejadas de percibir desde el 13 de enero de 2015, fecha del fallecimiento del afiliado; que se condene a pagar los reajustes anuales a favor de los demandantes; que se deben pagar los intereses moratorios causados conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a pagar las costas y agencias en derecho y derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 28 a 30 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el señor Saul Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) nació el 13 de julio de 1962; que el 1 de enero de 1997 inició su unión marital de hecho con la señora Flor Esmeralda



Niño Méndez, compartiendo techo, lecho y mesa; que de la unión de la pareja nacieron dos hijos; Nicolás Barrera Niño, quien nació el 27 de noviembre de 2012 y Andrés Felipe Barrera Niño quien nació el 10 de octubre de 1997; que Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) falleció el 13 de enero de 2015, como consecuencia de un accidente de tránsito; que a la fecha del deceso el deceso tenía 52 años de edad; Saúl Barrera estuvo afiliado a Protección y a la fecha del deceso contaba con 1.161,⁵⁷ semanas; que se inició el proceso de unión marital de hecho ante el Juzgado 6 de Familia de Bogotá; que el 1 de abril de 2016 se profirió sentencia en la que se declaró la existencia de la unión marital de hecho; que el 29 de marzo de 2017 fue presentada la reclamación ante Protección S.A.; que el 27 de junio de 2017 fue negada la solicitud; que los demandantes no perciben ninguna pensión.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el señor Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) no cumplió con los presupuestos contemplados en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de su deceso contaba tan solo con 52 años. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de obligación por ausencia de causa de Protección S.A. en el reconocimiento pensional; improcedencia de los intereses moratorios; buena fe; prescripción (fl. 169).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de marzo de 2021, resolvió; **absolver** a Protección S.A., de todas las pretensiones incoadas por los demandantes; **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación; **condenó** en costas a la parte demandante; **ordenó** la consulta de la providencia.



El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..lo cierto es que el artículo 33 de la misma preceptiva para la época del deceso que ocurrió el 13 de enero del 2015 se requería una densidad de 1.300 semanas para acceder a la prestación de vejez y como ya se indicó Saúl Barrera Cifuentes efectuó cotizaciones por un total de 1.161.57 semanas de las cuales solo 0.05 fueron efectuadas o cotizada dentro de los 3 últimos años antes al momento del fallecimiento, de manera que al no encontrarse reunidos los requisitos mínimos exigidos por la norma para acceder a la prestación solicitada no hay lugar a imponer condena en contra de la demandada, por ello se absolverá a Protección de la pensión de sobreviviente solicitada, así como las mesadas pensionales retroactivas, reajustes anuales, intereses moratorios e indexación; excepciones, por lo expuesto se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, el despacho se declara relevado del estudio de los demás medios propuestos por la pasiva en su contestación...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpuso recurso de apelación al considerar que el *de cujus* cotizó más de 1.150 semanas, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, ya que el objetivo de la norma no era dejar desprotegido al cotizante cuando no se contara con los requisitos para acceder a la edad para pensionarse; que se deben tener en cuenta las semanas cotizadas y exigidas en el Régimen de Prima Media a favor del señor Saúl; que no se prohíbe la habilitación de la edad para la garantía de pensión mínima, que el trabajador fallecido cotizó 23 años y su núcleo familiar quede desprotegido al no cotizar durante los últimos 3 años.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los intervinientes guardaron silencio.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S, es del resorte de esta Corporación proceder a resolver, si los demandantes Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Méndez y Nicolás Barrera Niño son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte del señor Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.).

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., entre las cuales se tiene las siguientes: copia de la cédula de ciudadanía del señor Saúl Barrera Cifuentes (fl. 2, 74); Registro civil de defunción (fl. 3, 68); copia de la cédula de ciudadanía de Flor Esmeralda Niño Méndez (fl. 4, 75); registro civil de nacimiento de Nicolás Barrera Niño (fl. 5, 71, 79); copia de la cédula de ciudadanía de Andrés Felipe Barrera Niño (fl. 6, 69, 72, 73); certificado de estudio expedido por la Fundación los Libertadores (fl. 7, 109); Copia del fallo emitido en el proceso de unión marital de hecho adelantado en el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá (fl. 8, 61); acuso de recibido de solicitud de pensión (fl. 14, 55); respuesta a la solicitud de pensión de sobreviviente (fl. 17, 129); copia de la investigación de la causal de fallecimiento adelantado por Protección S.A. (fl. 54); copia de registro civil de nacimiento de Andrés Felipe Barrera Niño (fl. 76); declaración con fines extraprocesales (fl. 81, 88); información de los solicitantes (fl. 82); declaración para acreditar derechos a pensión de sobrevivencia pensión obligatoria (fl. 85); autorización para adelantar trámites ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de



Hacienda (fl. 103); historia laboral en otras AFP (fl. 104); certificado de estudio expedido por el Instituto Renato Descartes (fl. 108); certificado de Protección (fl. 110); copia de historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 114); Bono pensional emitido por el ministerio de Hacienda (fl. 117); verificación historia laboral afiliado bono pensional (fl. 124, 128); hoja de ruta bonos pensionales carpeta afiliado (fl. 125); constancia de depósito a Deceval S.A. (fl. 126); certificado laboral del empleador – bono tipo A (fl. 127); historia laboral expedida por Protección (fl. 138).

Por otra parte, fue recepcionada prueba testimonial solicitada por la parte actora y frente a la que no existe reparo alguno en la apelación.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el «*afiliado causante*» y el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los «beneficiarios» deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente, o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 13 de enero de 2015, como da cuenta el Registro Civil de Defunción



obstante a folio 3, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«ARTÍCULO 12. *El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(..) 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (..)

(..) PARÁGRAFO 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será el 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez....”

Es así, que corresponde a esta Sala de Decisión verificar, que el *de cujus* hubiese cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de causación, es decir, por el lapso comprendido entre el 13 de enero de 2015 hacia atrás.

Dicho lo anterior, se tiene que a folios 140 a 144 de las diligencias reposa historia laboral emitida por Protección S.A., de la que se extrae que para el interregno comprendido entre el 13 de enero de 2015 al 13 de enero de 2012, el causante no realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, hecho que encuentra concordancia con lo certificado por Protección S.A., en la documental vista a folios 138 de las diligencias, lo que en principio llevaría a establecer que en el



presente asunto no se cumplió con lo señalado en la norma que regula la materia.

Pese a lo anterior, no pasa inadvertido esta Colegiatura lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en cuanto al reconocimiento pensional si se hubieren “cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento...”, en este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha dejado sentado de vieja data, que se requiere que el ex trabajador, hubiere cotizado la densidad de semanas necesarias y requeridas para obtener el derecho a la pensión de vejez, como se ha indicado en sentencia SL 5091 del 21 de octubre de 2020, M. P., Doctor, Fernando Castillo Cadena, al indicar;

“..En cuanto al parágrafo 1° de la norma anotada, se evidencia que el causante en toda su vida contaba con 1.010 semanas de cotización, insuficientes para el año 2013 ya que para ese momento el mínimo requerido era de 1250 semanas.

No sobra señalar que el de cujus no era beneficiario del régimen de transición, toda vez que al 1o de abril de 1994, no tenía 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios o cotizaciones a dicha data. Además, al encontrarse afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por disposición legal, no aplica tal beneficio de transición (CSJ SL2551-2019)..”

En el sub examine tenemos que el señor, Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.), falleció el 13 de enero de 2015 y a dicha data contaba con 1.153,86 semanas, sin embargo, para el año 2015, se requería haber cotizado un total de 1300 semanas de cotización.

Así las cosas, del haz probatorio allegado, no se encuentran acreditada la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, a pesar de contar con un número considerable de cotizaciones y en tal sentido, tampoco es viable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación a dicha preceptiva legal.



DE LA CONDICIÓN BENEFICIOSA

Ahora bien, si en gracia de discusión se hiciera estudio de la condición beneficiosa con el fin de establecer el derecho pensional, esta Colegiatura, considera oportuno resaltar que ha sido analizado y modulado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias bajo radicado 32642 de 6 de diciembre de 2008 y, en sentencia No. 38674 del 25 de junio de 2012, con ponencia del H. M. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, al enseñar:

*«Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que **el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado**, para este caso en particular el **artículo 39 de la Ley 100 de 1993**, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. En sentencia del 9 de diciembre de 2008 radicado 32642, al respecto se especificó que “no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, **sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho**» (Resalta la Sala).*

Acogiendo lo analizado por la Alta Corporación y seguido en forma precedente, corresponde aplicar el régimen inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003 que lo es el literal a) y b) del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 el cual dispone que al momento del fallecimiento, el *de cujus*, debió acreditar aportes de por lo menos 26 semanas o, el mismo número de semanas para el año inmediatamente anterior a su deceso.



Al verificar entonces, si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 sin la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, es claro para esta Corporación que el causante tampoco cumplió con dicha exigencia, pues en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, no cotizó al sistema de seguridad social, 26 semanas, tal como se evidencia en la historia laboral allegada por Protección S.A. y enunciada en forma precedente.

Consecuencia de los razonamientos expuestos, se confirmará en estos aspectos la sentencia objeto de reproche.

PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RAIS

Reprocha la parte demandante el no reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que el *de cujus*, contaba con los requisitos legales para ser beneficiario de dicha prestación, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Previo a iniciar con el estudio de la prestación pensional rogada por la activa, necesario se tornar argüir que el sistema de seguridad social en pensiones, en los términos estipulados bajo las actuales normas que rigen la materia, establecieron sendos estipendios a fin de lograr una cobertura para todos los ciudadanos, que, en la prestación de sus servicios personales, persiguen un resguardo para su vejez, la invalidez o su muerte.

Con ocasión a ello, y en la medida que antes de la promulgación de Ley 100 de 1993 en Colombia se encontraban implantados y vigentes más de cinco normas que preveían requisitos para adquirir un derecho que menguara los riesgos anunciados, mismos que variaban dependiendo las calidades del trabajador, las actividades desplegadas por este o por la simple naturaleza de la empresa, bien de carácter privado o público,



ante muchas más cualificaciones; se establecía la edad de adquisición, las semanas o tiempo de servicios, la modalidad liquidatoria y la tasa de reemplazo.

Fue entonces lo precedente, el motivo esencial para que el legislador impetrara dos sistemas pensionales, nominados régimen de ahorro individual y el ya regulado desde la Ley 90 de 1946, esto es, el régimen de prima media con prestación definida. Así, en cumplimiento de dicha disyuntiva, los trabajadores dependientes e independientes se encontraban facultados para seleccionar alguno de los mencionados, conduciendo a que sus prestaciones pensionales fueran cobijadas por las disposiciones que gobiernan cada sistema.

Bajo tal elegida, se evidencia que Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) inicialmente se encontró vinculado al ISS, sin embargo, este se trasladó al régimen de ahorro individual en 1996 (fl. 111 Certificado SIAFP).

Descendiendo a la resolución del *sub examine*, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se advierte el acceso a la prestación por el riesgo de vejez, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que a la letra enseña:

«ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar. ...»

De la normativa traída a colación se tiene que, para acceder a la pensión de vejez en el RAIS se requiere un monto de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta para ello, tablas de



mortalidad, la existencia de beneficiarios del afiliado y expectativa de vida, en cada caso concreto.

PENSIÓN DE GARANTÍA MÍNIMA

El artículo 65 establece que el reconocimiento de la pensión mínima, se reconoce a *“Los afiliados que a los 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos 1.150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les compete la parte que haga falta para obtener dicha pensión....”*.

Debe rememorar la Sala que, la pensión de garantía mínima fue estatuida para los ciudadanos (hombres y mujeres) que a pesar de haber cotizado al sistema de seguridad social en pensiones – RAIS – y alcanzado la edad para acceder a la pensión, no pudieren gozar de dicha prestación, al no contar con el capital suficiente para su reconocimiento.

Luego entonces, la garantía de pensión mínima se estatuye como un subsidio, con el fin de satisfacer un derecho prestacional (pensión),

Al no contarse con el capital necesario para la pensión, los afiliados a los fondos privados, pero hubieren acreditado un total de 1150 semanas de cotización al RAIS, la Nación completará los recursos a efectos de acceder a una pensión de vejez con el salario mínimo legal mensual vigente, dando de esta manera cumplimiento al principio de solidaridad, del cual debe ser garante la Nación, tal y como lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2686 del 23 de junio de 2021, cuando exteriorizó que;

*“..En palabras del artículo 65 del estatuto de la seguridad social, para el reconocimiento de la garantía se debe acreditar el cumplimiento de: i) la edad, ii) **las semanas mínimas de aportes**, y iii) la insuficiencia del capital para financiar con la CAI la pensión de vejez. No sobra*



señalar que de conformidad con el artículo 9º del Decreto 832 de 1996, la determinación de este saldo, deberá ser efectuado por la administradora con sujeción a los cálculos que mediante resolución establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que, con sustento en el decreto antes referido, claramente incluye la cuantía del bono pensional...” (Resaltado de la Sala).

De la norma transcrita y antecedente jurisprudencial, se tiene que el requisito *sine qua non*, para ser beneficiario de la pensión mínima de vejez, en primer término, es llegar a la edad para ser beneficiario de pensión de vejez (62 años en caso del señor Saúl Barrera Cifuentes), en segundo lugar, tener cotizado 1150 semanas de cotización y en tercer lugar, que, no se cumpla con el monto requerido para obtener el reconocimiento pensional, para que el Gobierno Nacional en aplicación al principio de solidaridad aporte el dinero faltante para que el afiliado obtenga la pensión de vejez.

Como se ha precisado en forma precedente, el señor Barrera falleció cuando tan solo contaba con 52 años de edad, sin embargo, en este punto, la H. Corte Suprema de Justicia, también ha indicado, en forma reiterada, que por el hecho insuperable de la muerte se habilita la edad del afiliado, entre otras en la sentencia SL3210 del 24 de febrero de 2016, con ponencia de la Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo y sentencia SL2920 del 1 de marzo de 2017, con ponencia del Doctor, Jorge Mauricio Burgos Ruíz.

Luego entonces, a pesar de que el actor, no alcanzó a cumplir la edad requerida para ser beneficiario de la pensión de vejez, lo cierto es que alcanzó a cotizar más de 1150 semanas para obtener derecho a la pensión de garantía mínima, que pudo haber reclamado, cuando hubiese cumplido los 62 años, sin embargo, ante la muerte, ello no fue posible.



Así las cosas, se reconocerá la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes, a partir del 13 de enero de 2021, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mesadas anuales, conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2015.

DE LA CONVIVENCIA ENTRE FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ Y SAÚL BARRERA CIFUENTES

En lo que respecta a la convivencia de la señora Flor Esmeralda Niño Mendez (q.e.p.d.), con el causante, se tiene que, con sentencia del 1 de abril de 2016, el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, declaró la unión marital de hecho de la pareja entre el 1 de enero de 1997 hasta el 13 de enero de 2015, cuando acaeció el fallecimiento del afiliado; situación que se corrobora con la declaración de los testigos citados por la parte actora, que en su oportunidad señalaron lo siguiente;

María Cecilia Espejo y Patricia Espejo Romero, fueron coincidentes al indicar que conocían a la demandante hace más de 30 años, ya que la pareja vivió en la casa de la deponente; que una vez quedó embarazada la señora Esmeralda de su primer hijo, se fue a vivir con el señor Barrera Cifuentes (q.e.p.d.); que hablaban y se visitaban en forma frecuente; que la pareja vivía en Fontibón con sus dos hijos; que el *de cujus* trabajaba con un taxi y con ello aportaba para los gastos de su hogar.

De acuerdo a la prueba documental y testimonial, se puede corroborar que, los señores Esmeralda Niño y Saúl Barrera, mantuvieron una relación de pareja, por un interregno de tiempo superior a los 17 años. Aunado a lo anterior, con oficio del 27 de junio de 2017, Protección Pensiones y Cesantías S.A., reconoció como la calidad de compañera permanente de la demandante (fl. 17).

En este aspecto, se da claridad a esta Sala de decisión en forma fehaciente de la convivencia entre la enunciada pareja, en comunidad



de vida, por espacio superior al requerido legalmente, y en sentido similar se ha pronunciado nuestra H. Corte Justicia en reiterada jurisprudencia, entre estas últimas, la SL1707 del 2021, Magistrado Ponente, Doctor, Jorge Luis Quiroz Alemán;

“..Así, entonces, no se discute que la mencionada señora acreditó esa convivencia, en cualquier tiempo, con el difunto José Iván de Jesús Agudelo Álvarez (q.e.p.d), de modo que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de noviembre de 2014, fecha de defunción del pensionado (f.° 10, cdno. ppal.), en cuantía del 100% del valor que devengaba este en vida.

Lo anterior, por cuanto se comprueba con el registro civil de matrimonio (f.° 10 del cuaderno acumulado) que los referidos cónyuges contrajeron nupcias el 26 de abril de 1968, sin que exista disolución de la sociedad conyugal, fecha desde la cual se inició la convivencia, la que se mantuvo hasta 1985, es decir, por espacio de 17 años aproximadamente. Ello es así, pues se evidencia en el interrogatorio de parte absuelto por María Rubiela Patiño Arango, quien, sin embargo, calculó su convivencia por 14 años, aun cuando insistió en que la separación se produjo en 1985, en conjunto con lo dicho por el testigo Humberto Agudelo Sierra, cuñado del causante, el que aseguró que la convivencia pudo alcanzar los 20 años, lo que permite inferir, en uno u otro caso, que los 5 años de convivencia requeridos se encuentran suficientemente acreditados, situación que, además, no fue controvertida dentro del proceso...”

Luego entonces, al encontrarse acreditado el vínculo de pareja, la demandante tiene derecho al reconocimiento pensional de su compañero permanente.

DE LA PENSIÓN A LOS HIJOS DEL SEÑOR SAÚL BARRERA CIFUENTES

En este punto, no existe divergencia o duda alguna, frente al derecho que les asiste a los hijos del *de cujus* al reconocimiento pensional, sin embargo, en este punto, se harán las siguientes precisiones;

En lo atinente a Nicolás Barrera Niño, se tiene que nació el 27 de noviembre de 2012, de acuerdo al Registro Civil de Nacimiento allegado al cartulario, luego entonces, a la presente data cuenta con ocho años



de edad, luego, entonces, se reconocerá la prestación desde el 13 de enero de 2015 hasta que cumpla 18 años, y a partir de dicha data corresponderá a la AFP Protección verificar si se cumplen las condiciones legales de ausencia de autosuficiencia económica para seguir pagando la pensión hasta los 25 años, conforme a lo dispuesto en el literal “c” del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. (fl. 5).

Ahora bien, respecto a Andrés Felipe Barrera Niño, tenemos que, el demandante nació el 10 de octubre de 1997, y para la fecha del deceso de su progenitor contaba con 17 años de edad, es decir, era menor de edad, de acuerdo a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 6).

Pese a que, el demandante a la fecha de emisión de la presente sentencia, cuenta con 23 años de edad, lo cierto es que, en el cartulario se acreditó que se encontraba cursando tercer semestre de Ingeniería Aeronáutica en la Fundación Universitaria Los Libertadores, sin embargo, el enunciado documento, data del 27 de noviembre de 2017 (fl. 7).

Luego entonces, esta Sala de Decisión, al tener certeza de los estudios cursados hasta diciembre de 2017, procederá a reconocer la prestación a favor del demandante, hasta dicha data, sin que ello, sea óbice para que acredite ante la AFP Protección los estudios adelantados desde el año 2018 en adelante y consecuencia de ello, le sean reconocidas las mesadas pensionales, causadas por dicho interregno de tiempo.

En caso, de no acreditarse los estudios por parte de Andrés Felipe ante la AFP, se deberá acrecer el monto de la pensión a favor de Nicolás Barrera Niño.



Finalmente, se deberá indicar que, una vez Nicolás Barrera Niño, cumpla la mayoría de edad, deberá la AFP verificar si cumple con los requisitos para seguir pagándose la prestación a su favor, so pena de acrecer el monto pensional a favor de la señora Flor Esmeralda Niño Méndez.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

En consideración a que, en el presente trámite se encontraron acreditados los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se fijará como valor del retroactivo causado a favor de los demandantes, estableciéndose que las sumas a pagar por parte Protección S.A., son las siguientes;

- a. A favor de Flor Esmeralda Niño Méndez, las siguientes sumas de dinero;

Fecha Inicial	Fecha Final	Salario Mínimo	Pensión Para cada Beneficiario	Número de Mesadas	Valor Adeudado
14/01/2015	31/12/2015	\$ 644.350	\$ 322.175,00	12,67	\$ 4.081.957,25
1/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455	\$ 344.727,50	13	\$ 4.481.457,50
1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717	\$ 368.858,50	13	\$ 4.795.160,50
1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242	\$ 390.621,00	13	\$ 5.078.073,00
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116	\$ 414.058,00	13	\$ 5.382.754,00
1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803	\$ 438.901,50	13	\$ 5.705.719,50
1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526	\$ 454.263,00	8,64	\$ 3.924.832,32
TOTAL RETROACTIVO					\$ 33.449.954,07

- b. A favor de Nicolás Barrera Niño

Fecha Inicial	Fecha Final	Salario Mínimo	Pensión Para cada Beneficiario	Número de Mesadas	Valor Adeudado
14/01/2015	31/12/2015	\$ 644.350	\$ 161.087,50	12,67	\$ 2.040.978,63
1/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455	\$ 172.363,75	13	\$ 2.240.728,75
1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717	\$ 184.429,25	13	\$ 2.397.580,25
1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242	\$ 195.310,50	13	\$ 2.539.036,50
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116	\$ 207.029,00	13	\$ 2.691.377,00



1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803	\$ 219.450,75	13	\$ 2.852.859,75
1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526	\$ 227.131,50	8,64	\$ 1.962.416,16
TOTAL RETROACTIVO					\$ 16.724.977,04

c. A favor de Andrés Felipe Barrera Niño

Fecha Inicial	Fecha Final	Salario Mínimo	Pensión Para cada Beneficiario	Número de Mesadas	Valor Adeudado
14/01/2015	31/12/2015	\$ 644.350	\$ 161.087,50	12,67	\$ 2.040.978,63
1/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455	\$ 172.363,75	13	\$ 2.240.728,75
1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717	\$ 184.429,25	13	\$ 2.397.580,25
TOTAL RETROACTIVO					\$ 6.679.287,63

De las sumas de dinero reconocidas, deberá el ente de seguridad social realizar los descuentos atinentes al sistema de seguridad social en salud, y deberán pagarse las sumas de dinero, en forma indexada.

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, como quiera que el fallecimiento del causante acaeció el 13 de enero de 2015, que la reclamación administrativa fue elevada el día 29 de marzo de 2017 por la compañera permanente y sus hijos, solicitud que fuera desatada mediante oficio No. DEV SBV CC 19493877 del 27 de junio de 2017 y que la demanda fuera radicada ante la oficina judicial de reparto el 4 de junio de 2019, diáfano resulta indicar que aún no había transcurrido el término trienal exigido por la ley para que operara el fenómeno jurídico de la prescripción.



COSTAS.

Las de primera instancia se revocan y en tal sentido, se ordenará al juez de conocimiento que proceda a fijar las agencias en derecho causadas a cargo de Protección S.A. y a favor de Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Mendez Y Nicolas Barrera Niño, en calidad de demandantes.

En esta instancia se fijarán las costas estarán a cargo de la demandada y a favor de los demandantes.

En mérito a lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 3 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO, FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ y NICOLAS BARRERA NIÑO** contra **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SEGUNDO. DECLARAR que **ESMERALDA NIÑO MENDEZ**, en calidad de cónyuge del señor SAÚL BARRERA CIFUENTES, tiene derecho al 50% de la pensión causada, en cuantía de \$322.175, a partir del 14 de enero de 2015, por 13 anualidades, con los reajustes de ley.



TERCERO. DECLARAR que **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO y NICOLAS BARRERA NIÑO**, en calidad de hijos del señor SAÚL BARRERA CIFUENTES, tienen derecho cada uno al 25% de la pensión causada, en cuantía de \$161.087,50, a partir del 14 de enero de 2015, por 13 anualidades, con los reajustes de ley señalados en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO. CONDENAR a **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a reconocer y pagar a favor de los señores, **FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ**, en calidad de compañera permanente, del señor SAÚL BARRERA CIFUENTES, la suma de **\$33.449.954,07** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 14 de enero de 2015 al 30 de agosto de 2021.

QUINTO. CONDENAR a **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a reconocer y pagar a favor del menor, **NICOLAS BARRERA NIÑO**, en calidad de hijo del SAÚL BARRERA CIFUENTES, la suma de **\$16.724.977,04**.

SEXTO. CONDENAR a **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a reconocer y pagar a favor del señor, **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO**, en calidad de hijo del SAÚL BARRERA CIFUENTES, la suma de **\$6.679.287,63** y respecto de las mesadas causadas desde el 1 de enero de 2018 y los años siguientes, deberá demostrar ante la AFP Protección su calidad de estudiante, en caso contrario su proporción acrecerá a favor de Nicolás Barrera Niño, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO. DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por Protección S.A.

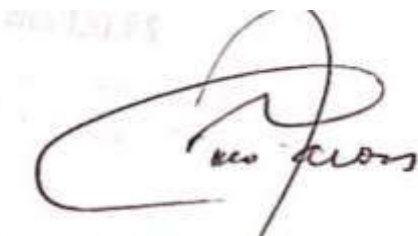


OCTAVO. COSTAS. Se revocan las de primera instancia y se ordena que las mismas sean tasadas a cargo de Protección S.A., y a favor de Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Méndez y Nicolás Barrera Niño. En segunda instancia se fijarán a cargo de la administradora de pensiones y a favor de los demandantes.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Protección S.A., y a favor de Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Méndez y Nicolás Barrera Niño, en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000), para cada una de los demandantes enunciados.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MIGUEL ANTONIO ACOSTA MAHECHA** contra la **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., CAFESALUDEPS EN LIQUIDACIÓN y MEDIMAS EPS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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.

Así las cosas, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor MIGUEL ANTONIO ACOSTA MAHECHA solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la IPS SER Asistencia y Transporte para discapacitados S.A.S. en liquidación desde el 22 de septiembre de 2014 al 13 de abril de 2018; que el cargo desempeñado era el de coordinador de servicios; que el salario devengado era de \$1.046.950, más \$189.696 por concepto de horas extras y \$64.224 por dominicales y festivos; que no le fueron pagadas cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, ni vacaciones conforme al salario devengado.

Como consecuencia de las declaraciones, reclama se condene al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, causados desde el 23 de septiembre de 2014 al 13 de abril de 2018, como gastos de administración al interior del trámite liquidatorio y conforme al salario devengado; al reconocimiento y pago de indemnización por la no consignación de las cesantías; sanción moratoria por no pago oportuno de las prestaciones sociales; que se establezca prelación de créditos conforme a lo consagrado en el artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo; que se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 9 y 10 de las diligencias, que en síntesis advierten, que fue contratado por la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S. mediante contrato a término indefinido; que Fabio Betancourt Quiceno y Primitivo Rodríguez son socios de la IPS, en un 50% cada uno; que prestó sus servicios desde el 23 de septiembre de 2014 hasta el 13 de abril de 2018; que devengaba un salario de \$1.046.950, horas extras y dominicales y



festivos; que el cargo desempeñado fue el de coordinador de servicios; que cumplía un horario de 6 de la mañana hasta las 5 de la tarde; que el servicio fue prestado en forma personal y subordinada; que presentó renuncia el 13 de abril de 2018, ante los retrasos en el pago de seguridad social, salarios y prestaciones sociales; que le fue aceptada la renuncia el mismo día de su presentación; que a la terminación del vínculo contractual no le fueron canceladas las prestaciones sociales del 22 de septiembre de 2014 al 13 de abril de 2018; que el 9 de agosto de 2018 radicó solicitud de pago ante la empresa demandada, pero no recibió respuesta alguna; que radicó acción de tutela el 11 de septiembre de 2018.

CONTESTACIÓN: La demandada, **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S.**, a través de curador ad litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, se atenía a lo que resultara probado en el trámite. Como **excepciones** propuso las de mala fe; inexistencia de la obligación, enriquecimiento ilícito; enriquecimiento sin justa causa; cobro de lo no debido; buena fe de la parte demandada (fl. 148 CD).

REFORMA A LA DEMANDA. El demandante a través de su apoderado judicial reformó la demanda. En ella, solicita se declare que el señor MIGUEL ANTONIO ACOSTA MAHECHA celebró contrato a término indefinido con IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S., hoy en liquidación y de la cual son propietarios los señores Fabio Ferney Betancourt Quiceno y Primitivo Rodríguez Cortes; que la EPS Medimas fue beneficiaria del trabajo desempeñado por el demandante; que los señores Betancourt Quiceno y Rodríguez Cortes, son solidariamente responsable del pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnizaciones causadas y no pagadas durante la vigencia del contrato de trabajo.



Como pretensiones condenatorias solicita se condene a Medimás EPS a reconocer y pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por falta de pago de prestaciones sociales; intereses moratorios, se realice prelación de créditos; indexación de las sumas reconocidas y de derechos que resulten probados; costas y agencias en derecho (fl. 148 CD).

Como hechos motivo de la reforma de demanda, indica que los señores Fabio Betancourt Quiceno y Primitivo Rodríguez como socios de la IPS Ser Asistencia y Transporte para discapacitados S.A.S., son solidariamente responsables por las acreencias adeudadas al demandante; que las funciones fueron desempeñadas y desarrolladas en pro del contrato suscrito con la EPS Medimas, para el momento, Cafesalud; Medimas es responsable de las acreencias adeudas al demandante; que el 16 de octubre de 2016 presentó reclamación de acreencias ante Medimas; que el 15 de noviembre de 2018 Medimas responde negativamente su pedimento; que la EPS aceptó que la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitado S.A.S. fue contratista de la EPS; que no fue allegado copia del contrato suscrito entre las empresas convocadas ni la póliza solicitada.

MEDIMAS EPS, al momento de contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que, la EPS no ha sido beneficiaria de la labor realizada por el demandante, al no haberse prestado los servicios de forma directa, ni a través de representantes, ni como trabajador en misión. Como medios exceptivos propuso los de falta de legitimación por pasiva; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido; prescripción, buena fe, referirse la demanda a una relación sustancial en la cual no fue parte Medimás EPS S.A.S. (fl. 148 CD Archivo CONTESTACIÓN DE DEMANDA 2018-00677-00 MIGUEL ANTONIO ACOSTA MAHECHA).



El curador ad litem de la **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., PRIMITIVO CORTES y FABIO FERNEY BETANCOURTH**, al momento de contestar la reforma a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que se atenía a lo que resultara probado en el trámite. Como excepciones propuso las de mala fe, inexistencia de la obligación, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada. (fl. 148 CD Archivo CONTESTACIÓN REFORMA A LA DEMANDA - I.P.S. SER...; CONTESTACIÓN REFORMA A LA DEMANDA FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y CONTESTACIÓN REFORMA A LA DEMANDA – PRIMITIVO CORTÉS).

CAFESALUDEPS EN LIQUIDACIÓN, a través de apoderado judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la entidad nunca ha sido beneficiaria directa o indirecta de la prestación personal del servicio del actor, al no mediar relación alguna y en tal sentido, no es posible declarar la solidaridad pretendida. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia del vínculo de carácter laboral, prescripción y buena fe (fl. 148 CD Archivo 1 CONTESTACIÓN DEMANDA – Miguel Antonio Acosta Mahecha).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 29 de abril de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S., hoy en liquidación y el demandante, entre el 22 de septiembre de 2014 al 11 de abril de 2018, en el cargo de coordinador de servicios; **condenó** a la IPS a pagar cesantías, intereses a las



cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización moratoria equivalente a \$34.898,33 diarios a partir del 12 de abril de 2018 hasta el 11 de abril de 2020 y a partir del 12 de abril de 2020 intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación; negó las demás pretensiones; declaró no probanzas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a la demandada y a favor del actor; **absolvió** a Medimas EPS y a la EPS Cafesalud de las pretensiones incoadas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Lo cierto del caso, en principio, los trabajadores no deben asumir las pérdidas de la empresa, además, el despacho no puede pasar por alto que no le fueron canceladas las prestaciones casi que durante toda la relación laboral, ocasionándose un incumplimiento sistemático, lo único que se acepta, es el pago de la prima de servicios en el primer semestre del 2017, el resto no se pagó, cuando la empresa venía funcionando, no podemos hablar que no es posible que no se pague cesantías, 2014, 2015, 2016, 2017 y la compañía venía funcionando, como para manifestar que esto no se dio por la mala situación económica.

En ese sentido, el despacho no acepta esta justificación, reiteramos, teniendo en cuenta la sistematicidad en el no pago de prestaciones sociales, como es el caso de las cesantías, la prima de servicios, las mismas vacaciones, que no se le pagaron durante toda la relación laboral...

...

Para el despacho que según el objeto de esta última sociedad, no es función normalmente desarrollada, esa función no la desarrollan las EPSs, en este caso Cafesalud y Medimas, o que esté directamente vinculada, ordinariamente con la explotación de su objeto económico, o que sea una necesidad propia de su objeto social, es decir, para el despacho no es una labor específica encomendada al trabajador, para la cual pudiese corresponder a las labores propias de la empresa beneficiaria del servicio.

Cafesalud no presta ese servicio de transporte con su personal directamente contratado, teniendo en cuenta que para ello, establece la contratación con estas empresas. En ese sentido el despacho considera que verificado el objeto social de estas compañías no está intrínsecamente relacionado, no es una necesidad propia de su objeto social, no es una función normalmente desarrollada por estas empresas y en ese sentido considera el Despacho que no es procedente la solidaridad respecto de la empresa Cafesalud y Medimas ...” (23:41; 29:03)

RECURSO DE APELACIÓN:



El **demandante** interpone recurso de apelación, en lo atinente a la absolución impartida a Cafesalud y Medimas respecto a la responsabilidad solidaria, basado en que, la IPS celebró contrato en noviembre de 2016 con Cafesalud para trasladar pacientes; que el demandante tenía subordinación y dependencia frente a la IPS y a favor de Medimas, quien se benefició de la labor del actor; que Medimás no negó el vínculo contractual celebrado con la IPS demandada; que los objetos sociales de la IPS y Medimás, no son concurrentes, ya que, una de las obligaciones de la EPS está la no discriminación en la atención y prestación de servicios de salud y esto se extiende a las personas discapacitadas y que requieran costos y gastos de transporte; las EPSs e IPSs tienen a cargo el traslado de pacientes, por ello, contratan servicios y se benefician de ellos, pero por intermedio de un tercero, a pesar de que estos deben ser prestados directamente por la entidad de salud (42: 17).

La **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. hoy en Liquidación**, interpone recurso de apelación, al considerar que la indemnización por falta de pago y sanción por no consignación de las cesantías, ya que estas no operan de pleno derecho, que la liquidación no ha sido pagada por cuanto la entidad se encuentra en estado de liquidación y en tal sentido, se deben hacer parte en dicho trámite.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y manifestaron, en síntesis:

El **demandante**, a través de su apoderado judicial, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, ya que la relación laboral



entre la IPS Ser Asistencia y Transporte y el demandante se encuentra totalmente acreditada, con la prueba documental acopiada al expediente digital; que se debe imponer condena por concepto de indemnización del artículo 99 de la Ley 50 al no consignarse las cesantías a un fondo; que se debe imponer la sanción moratoria contra la IPS Ser Asistencia, ante la falta de pago de acreencias laborales en forma oportuna; solicita se vincule en forme solidaria a los socios de la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados; que las EPSs convocadas deben ser consideradas como solidariamente responsables al ser beneficiarios del servicio prestado por el actor.

Parte demandada, **Cafesalud en Liquidación**, en la oportunidad procesal correspondiente solicitó se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, al considerar que, en el interrogatorio de parte rendido por el actor, este señaló que no tenía ningún tipo de vínculo con la entidad, sino con la IPS Ser Asistencia; que no se encuentran acreditados los elementos esenciales del contrato frente a la convocada; que Cafesalud EPS no ha sido beneficiaria de la labor realizada por el actor y por ende no es viable declarar una solidaridad y el demandante no desarrolla actividades normales de la entidad; que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva.

La **EPS Medimas**, en su oportunidad solicitó confirmar la decisión adoptada por el A quo, al considerar que, el demandante había sido vinculado por la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S., en el año 2014, data para la cual no existía jurídicamente la convocada a juicio; que la entidad no debe responder por contratos celebrados por terceros y con anterioridad a su creación (2017); que tampoco se encuentra acreditado que la EPS se hubiere beneficiado con las labores desplegadas por el señor Acosta Mahecha; que el objeto social de la IPS con la EPS son totalmente disímiles; que para resolverse lo atinente a la solidaridad debía tenerse en cuenta la buena o mala fe



de la entidad; que entre la EPS y la IPS no se suscribió un contrato civil o comercial del cual se pueda derivar una responsabilidad.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto tanto por la parte actora como la demandada, IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S. hoy en liquidación, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si se configuran los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de la EPS Medimas y Cafesalud y, de salir adelante, concretar las obligaciones de las entidades convocadas a juicio.

DE LA SOLIDARIDAD

Pretende el accionante se declare la solidaridad en el pago de las condenas impuestas por concepto de salarios, prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones impuestas contra la IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., en virtud del artículo 34 del CST, respecto de las EPSs, MEDIMÁS y CAFESALUD

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



en liquidación, bajo el argumento que dichas entidades fueron las favorecidas en el servicio prestado por el actor y adicional a ello, estas se encuentran obligadas legalmente a prestar los servicios de transporte a sus afiliados.

En cuanto a la solidaridad en tratándose del contratista independiente, el artículo 34 del CST, señala:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”.

Precepto legal, modulado e interpretado por la H. Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica, únicamente, cuando se constata una identidad tajante con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma, se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 7789 del 1º de junio de 2016, radicado: 49730, MP: FERNANDO CASTILLO CADENA, en la que hace alusión a la del 26 de marzo de 2014, radicado 39000, que indicó:



“No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.

(..)

Acerca del puntual aspecto que hoy ocupa la atención de la Sala, ya en sentencia de 26 de marzo de 2014 radicación 39000 la Corte se pronunció en los siguientes términos:

En decisión del pasado 20 de marzo de 2013, radicación 40.541, esta Sala recordó la doctrina en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.

En esa ocasión, también se memoró que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

(..)

Se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a que no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”

En ese orden de ideas, del haz probatorio recaudado en el cartulario tenemos lo siguiente;

En el certificado de existencia y representación legal de Medimás, se establece como objeto social “LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO ACTUAR COMO ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE LOS REGÍMENES CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, INCLUYENDO LA PROMOCIÓN DE LA AFILIACIÓN A ÉSTE EN SU ÁMBITO GEOGRÁFICO, LA ORGANIZACIÓN Y GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD PREVISTOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS VIGENTE, DIRECTAMENTE O A TRAVÉS DE TERCEROS, EFECTUAR EL RECAUDO DE LAS COTIZACIONES, ADMINISTRAR EL RIESGO EN SALUD DE SUS AFILIADOS Y EN



GENERAL ACTUAR COMO TITULAR DEL ASEGURAMIENTO, EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 100 DE 1993, LA LEY 1122 DE 2007, LA LEY 1438 DE 2011, LA LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015, LA LEY 1753 DE 2015, LOS DECRETOS 1485 DE JULIO 13 DE 1994 Y 780 DE MAYO 6 DE 2016, Y TODAS LAS NORMAS QUE LAS DESARROLLEN, ADICIONEN, MODIFIQUEN, COMPLEMENTEN O SUSTITUYAN...” (fl. 100).

En el Certificado de Existencia y Representación Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., se estableció como objeto social de la entidad “...LA REALIZACIÓN DE TODAS LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE UNA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DENTRO DEL MARCO Y LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY. PARA ELLO, LA ENTIDAD EJERCERÁ LAS SIGUIENTES FUNCIONES...” (fl. 128).

A su turno la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S. En Liquidación tenía como objeto social “...EL DESARROLLO DE LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: 1. LA PRETACIÓN Y ASISTENCIA INTEGRAL PARA TODA CLASE DE DISCAPACITADOS UTILIZANDO VEHÍCULOS DE TRANSPORTE ESPECIALIZADO ACCESIBLE TERRESTRE PARA PERSONAS CON MOVILIDAD REUCIDA Y/O DISCAPACIDAD EN CUALQUIERA DE SUS CATEGORIAS, EN VEHÍCULOS ESPECIALMENTE ACONDICIONADOS PARA TAL FIN A NIVEL URBANO Y NACIONAL Y EN GENERAL DE TODAS LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA ASISTENCIA A PERSONAS DISCAPACITADAS; EN VEHÍCULOS DE SU PROPIEDAD O QUE ESTEN A SU DISPOSICIÓN A CUALQUIER TÍTULO...” (fl. 24)

A folio 148 en el archivo denominado “CONTESTACIÓN MEDIMAS” encontramos copia de la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017 en la que, se resolvió “la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional – Creación de Nueva Entidad, presentado por la Cafesalud Enridad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMÁS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5)”.

Ahora bien, para resolver la disyuntiva planteada, debemos hacer un estudio de las normas emitidas referente a los servicios de salud, para tal efecto, tenemos lo siguiente;



Con el Decreto 1485 del 13 de julio de 1994, se reguló la organización y funcionamiento de las EPSs y la protección de los usuarios, y en su artículo 2, se establecieron las responsabilidades que tendrían dichas entidades y en el literal d, se indicó;

“d. Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con Instituciones Prestadoras y con Profesionales de la Salud; implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud...”

Con la Ley 1438 de 2011, se reformó el sistema de seguridad social en salud, y con la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, se reguló el derecho fundamental a la salud, indicándose como naturaleza y contenido de dicha norma que, este *“...Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado...”*.

A su turno con la expedición de la Ley 1753 de 2015, se expidió el plan de desarrollo del año 2014- 2018, y en su artículo 65 se regló la política de atención integral en salud, que a la letra señala;

“..El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), dentro del marco de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, así como las demás leyes vigentes, definirá la política en salud que recibirá la población residente en el territorio colombiano, la cual será de obligatorio cumplimiento para los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y



de las demás entidades que tengan a su cargo acciones en salud, en el marco de sus competencias y funciones.

Para la definición de la política integral en salud se integrarán los siguientes enfoques: i) atención primaria en salud (APS); ii) salud familiar y comunitaria, iii) articulación de las actividades individuales y colectivas y iv) enfoque poblacional y diferencial. Dicha atención tendrá en cuenta los componentes relativos a las rutas de atención para la promoción y mantenimiento de la salud por curso de vida, las rutas de atención específicas por grupos de riesgos, el fortalecimiento del prestador primario, la operación en redes integrales de servicios, el desarrollo del talento humano, en el marco de la Ley 1164 de 2007, articulación de las intervenciones individuales y colectivas, el desarrollo de incentivos en salud y la definición de requerimientos de información para su seguimiento y evaluación.

PARÁGRAFO 1°. *El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) realizará la adaptación de esta política en los ámbitos territoriales con población dispersa, rural y urbana diferenciando a los municipios y distritos que tengan más de un millón de habitantes. Para zonas con población dispersa y rural, se podrá determinar la existencia de uno o varios aseguradores. Si se trata de un único asegurador, el MSPS establecerá las condiciones para su selección.*

PARÁGRAFO 2°. *Para la definición de la política de atención integral, el Ministerio de Salud y Protección Social garantizará una amplia participación de todos los grupos de interés del sector salud: usuarios, prestadores, aseguradores, academia, asociaciones científicas, entes territoriales, entre otros.”*

Es así como el Ministerio de Salud con Resolución 205592 del 24 de diciembre de 2015 actualizó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación UPC del sistema de salud, y en el artículo 127, enseña que “...TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”.

Colofón de lo anterior, se puede colegir que los objetos sociales de las empresas convocadas a juicio tenemos que, la IPS Asistencia y Transporte, presta el servicio de transporte para personas con movilidad reducida y para ello, cuentan con vehículos especializados para tal servicio.



Entre tanto, las EPSs, Medimás y Cafesalud, tienen como objeto social, la prestación de los servicios de salud, contemplados en el plan de beneficios; al establecerse mecanismos para proteger el derecho a la salud de los ciudadanos, reconociéndose para ello, servicios y tecnologías financiados con la Unidad de Pago por Capitación, que reconoce a las entidades en salud por la cantidad de afiliados que se tengan.

De lo anterior, se colige que el objeto social de las sociedades demandadas, a simple vista no guardan relación, sin embargo, de lo dicho por el demandante, se puede establecer que la IPS posiblemente prestó los servicios de transporte de personas con merma física, a las EPSs convocadas a juicio, sin embargo, no existe ni fue allegado soporte adicional que corrobore lo dicho por el promotor de la Litis, por lo tanto, del caudal probatorio allegado, no se puede establecer con certeza que entre la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S. y las EPSs Cafesalud en Liquidación y Medimás, hubiese existido un contrato para la prestación de este tipo de servicios.

Así las cosas, existe una orfandad probatoria, para acreditar el vínculo contractual entre las entidades llamadas a juicio, en especial, de la parte demandante quien refería haber prestado sus servicios a favor de Medimás y Cafesalud S.A. en liquidación, sin embargo, no allegó copia de los aparentes contratos suscritos entre las co demandadas, con el fin de establecer el objeto, la duración, el servicio contratado, y términos para la prestación del servicio de transporte por parte de la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S., evidenciándose una ausencia de evidencia de acuerdo a lo aludido en el artículo 167 del CGP al señalar *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*



Por manera que, al no demostrarse la existencia de los vínculos contractuales, el objeto, términos de la prestación del servicio, duración del contrato, no saldrá avante, la solicitud de declaratoria de solidaridad reclamada.

En este orden de ideas, es claro que la juez de primer grado no erró al negar la solidaridad entre la IPS Ser Asistencia y Transporte para Discapacitados S.A.S. con Medimás y Cafesalud, pero por las razones expuestas en forma precedente.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate la demandada se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«el reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*

Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus*



derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Ahora, atendiendo la distribución de la carga de la prueba, es necesario memorar que bajo el abrigo de las normas generales de la prueba y el traslado de la misma cuando se presenta una negación indefinida, como es la ausencia de pago, bajo lo reglado en el inciso final del artículo 167 del CGP, es precisamente el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le «*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*» y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se «*consider[e] en mejor posición para probar en virtud de la cercanía con el material probatorio*», demostrar aquellos que reclama, es decir, será el llamado a acreditar el supuesto de facto.

Así, bajo tales disposiciones y en tratándose de la demostración de un acto propio, indiscutible resulta concluir que es el empleador el que debe controvertir con pruebas el devenir correcto en su proceder, tal como lo manifestó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3936-2018 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al enseñar:



*«Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, **el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta.** Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.*
(...)

*Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y **dicha carga probatoria le corresponde a la accionada** (...) ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto» (acentúa la sala)*

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de la sociedad convocada a debate judicial para la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros eximentes de la indemnización moratoria y, que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues no obra dentro de las diligencias probanza que demostrara para el 13 de abril de 2018 diligencia en el pago, o por lo menos, motivos excepcionales para no efectuarlo.

Al punto, no resultan acertadas las manifestaciones de la pasiva al señalar que no contaban con recursos económicos por la difícil situación que atravesaban, pese a reconocer la deuda que los aquejaba a título de acreencias laborales, pues, el simple conocimiento de adeudar rubros laborales no conduce a configurar la existencia de una buena fe, como tampoco lo es el indicar que se encontraba en una situación económica difícil, en tanto no fue acreditado el pago de prestaciones sociales durante la vigencia del vínculo contractual y tampoco corresponde a una justificación válida como lo ha enseñado *in extenso* la H.



Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre muchas, en la sentencia rad. 34778 del 1° de junio de 2010, al indicar:

«Si bien en la carta de despido se alude a una difícil situación económica del Club como causal de la extinción de la vinculación laboral del actor (fl. 23), tal misiva se erige en prueba del despido pero no acredita la motivación en ella expuesta, que, por otra parte, tampoco es eximente de la sanción moratoria, ni fue alegada al contestarse la demanda.

No sobra recordar que **sobre la crítica situación económica de la empresa la Sala**, de vieja data, ha dicho:

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)... (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)».

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a confirmar la decisión adoptada por el A quo al reconocimiento y pago de las indemnizaciones relatadas.

Concluyendo en la confirmación del fallo de primera instancia.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS



De otra parte, la apoderada de la demandada, se opone a la imposición de la sanción por no consignación de las cesantías, por lo que, para zanjar esta controversia, estima necesario la sala citar lo dispuesto en los numerales 3° y 4° del artículo 99 de la ley 50 de 1990 que rezan:

“...3° El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.” (subrayado fuera de texto)

De esta manera, según los lineamientos trazados por la norma en cita la sanción por no consignación de las cesantías correrá cuando quiera que no hayan sido consignadas las cesantías al Fondo elegido por el trabajador, del 16 de febrero hasta la fecha en que finalice la relación laboral, data para la cual surge la obligación de cancelar directamente al trabajador los saldos insolutos de las cesantías, so pena que empiece a correr la sanción moratoria a la cual hicimos referencia con anterioridad, como tuvo la oportunidad de expresarlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15097 de 2014, cuando indicó:

“En tal contexto, desde ya se advierte que la razón está del lado del recurrente, pues tal como lo sostuvo esta Sala en sentencia CSJ SL, 27 mar. 2000, 14379, reiterada posteriormente en la CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 37766, la sanción moratoria establecida en la L. 50/1990, art. 99, se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo Radicación n.º 46150 12 en tanto a partir de esa data cesa la obligación de consignar la cesantía en un fondo, por cuanto lo procedente entonces es que el empleador efectúe el pago directamente al trabajador, junto con los demás salarios y prestaciones sociales a que haya lugar.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que la decisión adoptada por el juez de conocimiento, fue acertado, al no encontrarse acreditada la consignación de las cesantías por el empleador en forma oportuna en el fondo al cual se encontraba afiliado el trabajador, además, el presente tema ya ha sido objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral del



CSJ. A propósito, en sentencia SL417-2021, M.P., Iván Mauricio Lenis Gómez se señaló al respecto:

“En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un (1) día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para la consignación de este concepto en el fondo de cesantías seleccionado por el trabajador, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio. Asimismo, dicha disposición señala en el numeral 4.º que si a la terminación del contrato existieren saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo respectivo, el empleador los pagará directamente con los intereses legales respectivos...”

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisión del Juez primigenio.

COSTAS. En esta segunda instancia no se impondrá condena en costas, dadas las resultas de los recursos de alzada impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 29 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MIGUEL ANTONIO ACOSTA MAHECHA** contra **IPS SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. Y OTROS**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

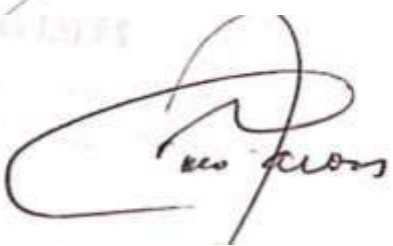
SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las resultas de los recursos de alzada.



Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-