



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS FRANCISCO CAÑAS ARIAS** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de julio 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: El señor **LUIS FRANCISCO CAÑAS ARIAS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a través de la AFP Porvenir, al igual que su única afiliación válida fue la efectuada el 17 de febrero de 1975 al otrora ISS; en consecuencia, se ordene a la AFP llamada a juicio trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; se ordene a Colpensiones recibirlo en dicha entidad, sin solución de continuidad, al igual que corregir y actualizar su historia laboral; se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez con sustento en el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de julio de 2017, junto con los aumentos legales y el retroactivo pensional; se condene a las costas y agencias en derecho (fls. 71 a 72).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 73 a 74 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 28 de diciembre de 1953, motivo por el cual cumplió la edad mínima de pensión el mismo día y mes de 2013; que cotizó a Cajanal ente el 1° de mayo de 1974 y el 3 de febrero de 1975, además, se afilió al otrora ISS desde el 17 de febrero de 1975; que también efectuó aportes al Foncep entre el 6 de abril de 1979 al 1° de abril de 1981 y del 21 de enero al 13 de diciembre de 1991. Agrega que el 1° de mayo de 1997, estando afiliado al ISS, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de dicha sociedad. Que al 1° de abril de 1994 contaba con 40 años de edad y que ha cotizado durante toda su vida un total de 1.587 semanas. Que se presenta una diferencia en el valor de la prestación de vejez en un régimen y en otro. Aduce que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, e igualmente, petitionó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.



CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que el demandante cuando elevó su solicitud de traslado ante Colpensiones ya se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, máxime que al 1º de abril de 1994, no cuenta con 15 años de cotizaciones, como así lo dispone la sentencia SU 062 de 2010. Añade que analizado el soporte probatorio obrante en el expediente, se constata que la parte actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir de manera consciente, voluntaria y sin presiones, el cual observó los requisitos de forma que se encuentran establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inexistencia del derecho a reconocimiento de pensión de vejez, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y declaratoria de otras excepciones. (fls. 107 a 119).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones de la demanda, al considerar que la afiliación de la parte accionante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT y de la SS en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que su afiliación fue libre, espontánea y sin presiones. Precisa que al actor le fue garantizado su derecho al retracto, e



igualmente, se informó a través del diario El Tiempo la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes, de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Aduce que la situación descrita por la parte convocante, parece más un mecanismo para desconocer la restricción legal anotada, que una situación de vicio del consentimiento expresado por una persona adulta y capaz, el cual fue ratificado por más de 20 años de actuaciones como afiliado a la AFP Porvenir S.A. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 151 a 166).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de mayo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **ordenar** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados a la fecha de realizarse la transferencia; **ordenar** a Colpensiones recibir los dineros provenientes de la AFP demandada y efectuar los ajustes en la historia laboral del actor; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez, a partir del 1° de julio de 2017, en cuantía de \$4.587.180, \$4.774.803 para el año 2018, \$4.926.642 para el año 2019, \$5.113.854 para el año 2020 y \$5.196.187 para el año 2021, por 13 mesadas pensionales al año, la cual debe ser incrementada durante los años posteriores, en los términos dispuestos por el Gobierno Nacional; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar la suma de \$245.493.972 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de julio de 2017 y el 30 de abril de 2021, de manera indexada desde la fecha de desafiliación del sistema hasta la fecha en que se haga el pago,



pudiéndose descontar los aportes en salud; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a ambas demandadas. (Cd. a folio 217).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, 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, e incluso indicarle que su traslado implicaría la pérdida del beneficio del régimen de transición, lo cual no se verifica con la simple suscripción del formulario ni deviene del interrogatorio de parte rendido por el convocante; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Asegura que el accionante es beneficiario del régimen de transición, por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años, beneficio que prolongó hasta el año 2014, al cotizar más de 1.000 semanas a la entrada en vigencia del Ato Legislativo 001 de 2005, por manera que es merecedor de una pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues cumplió la edad mínima en el año 2013 y cotizó un total de 1.587; prestación que procede a partir del 1° de julio de 2017, en tanto que puede darse aplicación al retiro tácito, ya que la última cotización se efectuó en el mes de junio de similar año. Concluye indicando que el IBL más favorable al convocante, corresponde al promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, al que se le debe aplicar una tasa del 90%.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

instancia, al considerar en síntesis que, el Juzgado de Conocimiento no valoró el consentimiento informado y la libre escogencia del demandante, el cual se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario, documento público que no fue tachado de falso, y en el que la parte activa claramente expresó que seleccionaba el RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo asesorado sobre tal decisión, al igual que respecto de los bonos pensionales, acotando que ello no se trata de una declaración vacía, sino del cumplimiento de un deber legal, en donde quien lo suscribe se presume una persona capaz para obligarse, a más que de aceptarse la omisión en el deber de información, al convocante siempre se le garantizó su derecho al retracto. Agrega que acceder a la ineficacia del traslado desconoce el principio de la autonomía de la voluntad con que contaba el demandante, la cual se encuentra definida por la Corte Constitucional en la sentencia C-331 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer de los intereses y derechos de los que son titulares, y de contera, crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres. Indica que no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración, dado que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de las cotizaciones a financiar esos gastos, la pensión de invalidez y sobrevivencia, amén que no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello son susceptibles de la prescripción. Suma a ello que, ordenar la devolución de las sumas en mención, configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en la medida que no existe norma que lo disponga, pues el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, prevé los dineros que deben trasladarse cuando tiene lugar un cambio de régimen pensional, cuales son los saldos de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos. Concluye indicando que la declaratoria de la ineficacia implica considerar que el acto jurídico no existió, lo que de suyo impide la devolución de los rendimientos financieros, conforme lo tiene



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

decantado la Sala de Casación Civil en cuanto a la temática de restituciones mutuas.

A su turno, la demandada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, aduciendo que ante la inconveniencia de pertenecer a un régimen pensional, el afiliado tenía la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años, contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le falten 10 años para adquirir su derecho pensional, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Aduce que la decisión del convocante fue de manera libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos que la ley tácitamente ordenaba para el año en que tuvo lugar el acto jurídico, a más que para tal data la entonces Superintendencia Bancaria mediante Circular Externa 019 de 1998, estableció que en virtud del Decreto 692 de 1994 artículo 11, el diligenciamiento del formulario hace efectivo el traslado entre regímenes pensionales, como único requisito sustancial exigido por la ley para ese momento. Añade que la normatividad establece las características del RAIS en el Título III de la Ley 100 de 1993, información que se encuentra a disposición de todos los afiliados, la cual debió ser verificada, en tanto conforme al artículo 9° del Código Civil, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, lo cual encuentra asidero en la sentencia C-993 de 2006. Finaliza señalando que en cada régimen pensional la distribución del aporte es diferente, de suerte que el retorno de la demandante después de 23 años, genera a la entidad administradora del RPM un detrimento patrimonial y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema.

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 al descorrer el traslado otorgado, solicita la confirmación del fallo de primera instancia, por cuanto la codemandada PORVENIR S.A. no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 1° de mayo de 1997 por el demandante, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que acertó el fallador de primera instancia en dar aplicación al precedente jurisprudencial construido de manera pacífica, unificada y reiterada por la Corte Suprema de Justicia. Añade que nació el 28 de diciembre de 1953, cumpliendo los 60 años de edad el mismo día y mes del año de 2013; así mismo, cotizó al Sistema de Pensiones un total de 1.587 semanas, quedando así demostrado que cumple con las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, razón por la cual se debe reconocer la prestación con arreglo en la normatividad que se encontraba vigente para el afiliado antes del 1° de abril de 1994, en los montos definidos por el *a quo*.

Parte demandada: La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante contaba con 65 años, pues nació el 28 de diciembre de 1953, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Suma a ello que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre un vicio de consentimiento conforme al 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 el demandante y la AFP 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anulación o rescisión judicial. Refiere que el precedente de la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y la aceptación del afiliado respecto del traslado. Concluye indicando que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 se constata que este fue agotado a través de la solicitud, obrante a folios 47 a 59 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 FRANCISCO CAÑAS ARIAS 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.

Del mismo modo, y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si hay lugar a reconocer a favor del actor la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y en los términos anotados por el Juzgado de Conocimiento.

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 del documento de identificación del demandante (fl. 14); certificados de información laboral (fls. 15 a 16 y 22 a 27); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 17 a 21 y 121 a 125); certificado de afiliación emanado de Colpensiones (fl. 28); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 29 a 33 y 206 a 210); solicitudes elevadas ante las demandadas y sus repuestas (fls. 34 a 69); expediente administrativo (Cd. a folio 120); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fl. 167); comunicados de prensa (fls. 168 a 169); comunicaciones expedidas por la AFP Porvenir (fls. 170 a 179); certificación estado de afiliación emanado de la AFP Porvenir (fl. 210 y vuelto); e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd. a folio 204).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 impartió 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 impartió 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de 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 17 de febrero de 1975, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta el 28 de febrero de 1997, tal como se advierte de la historia laboral que milita a folio 121, para luego trasladarse a la AFP Porvenir el 6 de marzo de 1997 (fl. 167), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación visible a folio 210 vuelto del expediente; supuestos



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

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, 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. 167).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que se trasladó al RAIS cuando trabajaba en el Instituto Técnico Inespro, en donde era docente de matemáticas y cálculo; que un equipo de Porvenir lo visitó y en una reunión de alrededor de 5 minutos, le indicaron que el ISS desaparecería, situación que generaría la pérdida de sus semanas de cotización, de suerte que le convenía afiliarse en la AFP para recuperar esas semanas y obtener una mejor pensión. Añade que no le informaron las características del RAIS, ni del ISS, tampoco le mencionaron los aportes voluntarios, ni la existencia de los rendimientos financieros. (Cd. a folio 204).

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



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

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; 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, pues se *itera*, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento del afiliado, la 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 dichos dineros se sustentan en un mandato legal impuesto por la propia Ley 100 de 1993, que también son descontados en el RPM, y cuyo retorno no se encuentra previsto en el artículo 113 *ejusdem*, lo cual constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

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

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

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

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

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

En tal virtud, no le asiste razón a la 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 a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que 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).

Finalmente, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PENSIÓN DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si el demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad, al nacer el 28 de diciembre de 1953, como se constata de la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 14), de suerte que ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición en los términos del artículo 36 *ejusdem*, condición que conservó hasta el año 2014, dado que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, logró reunir más de 750 semanas de cotización, y en específico 916,13, entre aportes efectuados a cajas de previsión social, al otrora ISS y a la AFP Porvenir, como emana de las certificaciones laborales e historias laborales visibles a folios 15, 22, 121 y 208 a 209.

En ese orden, le resulta aplicable el Acuerdo 049 de 1990, normatividad que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, conforme al reciente criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1947 de 2020, SL1981-2020 y SL2523-2020; además, dicha norma 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.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que el demandante nació el 28 de diciembre de 1953, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 14 del informativo, lo que implica que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2013, así mismo, del reporte de semanas cotizadas y de las certificaciones laborales que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

obran a folios 15, 22, 121 y 208 a 209, se establece que cotizó un total de 1.516 semanas, las cuales fueron aportadas hasta el año 2014.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumplen por parte del demandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidará teniendo en consideración una tasa de reemplazo del 90%, conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, sobre el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en específico el hallado con el promedio de los últimos 10 años, al serle más favorable, según lo definido por el *a quo*, prestación que procede desde el 1º de julio de 2017, dado que se advierte como última cotización, la efectuada para el mes de junio de similar año (fl. 210).

En tal virtud, revisados los cálculos aritméticos se tiene como primera mesada, a julio de 2017, la cuantía de **\$ 4.600.874,00**, suma superior a la reportada por el sentenciador de primer grado, lo que lleva a mantener incólume lo definido por este, ello en atención a que además de tramitarse el recurso de apelación formulado por Colpensiones, también se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad. Igualmente, se confirma el reconocimiento de la prestación por 13 mesadas al año, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 de 2005.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda.

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, en 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene que la pensión de vejez tiene como fecha de disfrute el 1° de julio de 2017, y la primera reclamación administrativa se elevó el 28 de marzo de 2019 (fl. 69) , además la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 5 de abril de 2019 (fl. 92), por tanto, diáfano resulta indicar que dicho fenómeno no operó sobre ninguna mesada pensional, como lo definió el Juzgado de Conocimiento.

RETROACTIVO PENSIONAL

Ahora bien, 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., 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, en tal razón, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se modificará la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a reconocer y pagar al demandante por concepto de retroactivo pensional liquidado a 30 de junio de 2021, la suma de **\$ 255.886.269,00**, debidamente indexado, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/07/17	31/12/17	5,75%	\$ 4.587.180,00	7,00	\$ 32.110.260,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 4.774.803,00	13,00	\$ 62.072.439,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 4.926.642,00	13,00	\$ 64.046.346,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 5.113.854,00	13,00	\$ 66.480.102,0
01/01/21	30/06/21	1,61%	\$ 5.196.187,00	6,00	\$ 31.177.122,0
Total retroactivo					\$ 255.886.269,00



COSTAS

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante **LUIS FRANCISCO CAÑAS ARIAS**, la suma de **\$255.886.269,00** por concepto de retroactivo pensional, causado entre el 1° de julio de 2017 y el 30 de abril de 2021, de manera indexada desde que cada mesada se hizo exigible hasta la data en que se efectúe el pago. Así mismo, se autoriza el descuento de los aportes en salud por parte de Colpensiones, conforme a lo expuesto a la parte motiva del presente proveído .

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo 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

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ STELLA RODRÍGUEZ APARICIO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

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

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

Igualmente, 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: La señora **LUZ STELLA RODRÍGUEZ APARICIO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a través de la AFP Porvenir; en consecuencia, ordenar a la sociedad en mención trasladarla junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos al RPM; ordenar a Colpensiones recibirla y mantenerla como afiliada desde el 4 de febrero de 1986; se condene a las costas y agencias en derecho (fls. 47 y 48).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 43 a 47 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 15 de enero de 1963; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 4 de febrero de 1986; que el 1º de marzo de 1995, se afilió a la AFP Porvenir, sociedad que nunca le informó sobre el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, los requisitos exigidos para acceder a la garantía de pensión mínima,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ni las características de las modalidades de pensión que existen; que tampoco se le indicó que la edad mínima de pensión correspondía a los 57 años, en caso de no reunir el capital necesario para financiar la prestación, y en general, la AFP demandada no cumplió con su deber de gestión de fiducia, al omitir informar, vigilar y dar el mejor consejo a su potencial afiliado; además, los asesores de la AFP llamada a juicio le indujeron en error al indicarle que el ISS desaparecería y no tendría a quien reclamarle su pensión. Que existe una diferencia entre las prestaciones económicas que se reconocerían en uno u otro régimen pensional. Que solicitó la nulidad de su traslado ante las entidades demandadas, frente a lo cual la AFP Porvenir no ha emitido pronunciamiento, mientras que recibió respuesta desfavorable por parte de Colpensiones.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la AFP Porvenir sea nula o ineficaz, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia. Agrega que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, además que su traslado se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo cual se logra validar con el formulario de afiliación. Aduce que al 1º de abril de 1994, la convocante no contaba con 15 años de cotización, y en consecuencia, no podrá retornar al RPM por ausencia clara de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia. **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 de orden público,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

buena fe y la innominada o genérica. (archivo 2 medio magnetofónico folio 175).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la demandante no allega prueba alguna que acredite la existencia de un supuesto de ineficacia de la afiliación, por lo que su vinculación al RAIS es válida. Aduce que no existe fundamento alguno para que Colpensiones acepte la afiliación de la actora, menos aun si se considera que se encuentra en la restricción de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos 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. 80 a 100).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de abril de 2021, resolvió **declarar** ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A.; **declarar** vinculada a la demandante al RPM administrado Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados; **ordenar** a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a la AFP Porvenir; **sin costas** a cargo de Colpensiones (Cd. a folio 175).

Lo anterior por considerar el A quo que, la accionante al 1° de abril de 1994 no acredita 15 años de servicios cotizados y tampoco le faltan más de 10 años para acceder al derecho pensional, por manera que no puede retornar al régimen de primera media en cualquier tiempo. Manifiesta que en todo caso, 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 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 a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto este, 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, el Juzgado de Conocimiento desconoció que el deber de información a cargo de las AFP ha tenido varias etapas de desarrollo; una primera etapa a través del Decreto 663 de 1993, la segunda etapa mediante la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y la tercera etapa, a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de suerte que el análisis de la información suministrada a la accionante y el alcance de la asesoría que debió brindársele al momento de su traslado, debió ser valorada a la luz de la normatividad vigente para la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fecha de suscripción del formulario, no siendo válido jurídicamente imponer una obligación que no había cobrado vigor para la época, como tampoco exigir soportes de la información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente, en aras de no atentar con el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso, el cual exige que el acto debe juzgarse conforme a las normas vigentes. Concluyendo que evaluar la conducta de las administradoras de fondos de pensiones partiendo de normas inexistentes, no encuentra asidero alguno y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, entidad que no participó en el trámite del traslado.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, dentro del trámite del proceso se logró demostrar que la sociedad cumplió a cabalidad con el deber de información, al brindarle a la demandante la asesoría de manera verbal, en los términos de la norma vigente para el año 1995, esto es, el artículo 93 del Decreto 663 de 1993, la cual finalizó con la suscripción del formulario de afiliación que se ajustó a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Agrega que las obligaciones del buen consejo y la doble asesoría, nacieron con posterioridad a los años 2010 y 2014, respectivamente, por lo que las mismas no pueden tener aplicación retroactiva, a más que a la actora se le brindó una asesoría de aproximadamente una hora, en la cual se le indicaron las ventajas y desventajas, tanto del ISS como de la AFP Privada. Suma ello que, la convocante se ha desempeñado como auxiliar contable en un periódico de amplia circulación, en el cual incluso Porvenir ha efectuado publicaciones sobre el tema, de manera que su traslado se torna eficaz, máxime que contaba con plena capacidad para decidir y se dio el cumplimiento al deber de información desde la primera etapa, como así lo exige la sentencia SL1452 de 2019. Refiere que en todo caso, el regreso de la demandante al RPM, implica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el traslado únicamente de los aportes y sus rendimientos financieros, sin incluir los gastos de administración indexados, dado que los mismos se descuentan al afiliado por disposición del artículo 93 de la Ley 100 de 1993, los cuales ya no se encuentran en su poder, dado que fueron invertidos para reportar la rentabilidad mínimo que el fondo privado debe garantizar a sus afiliados, cumpliendo de esta manera su destinación legal. Indica que mantener la condena por devolución de gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante, dado que se desconocen las normas que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una ineficacia de un acto jurídico de traslado, a más que si la actora hubiere permanecido en el RPM, esos descuentos también se hubieren realizado, de acuerdo a las previsiones de los artículos 20 y 93 de la Ley 100 de 1993, siendo diáfano que no estaban destinados a financiar su pensión. Agrega que en las pretensiones de la demanda no se petitionó el reconocimiento de gastos de administración, acotando que pese a que el Juez de primer grado ostenta facultades *ultra y extra petita*, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones del libelo genitor, como así se estableció en la decisión 4028 del año 2017, amén que en el *examine* no se constatan hechos que den paso a una condena en los términos del artículo 50 del CPT y de la SS. Sobre la condena en costas, precisa que la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal por lo que no podía aceptar su retronó al RPM, además, la sociedad ha actuado de buena fe, al efectuar un traslado de régimen pensional de conformidad con las normas vigentes, por manera que en el presente trámite no le quedaba opción que ejercer su derecho de defensa oponiéndose a las pretensiones de la demanda, mas aun cuando en el presente caso converge un *litis consorcio* necesario, de suerte que debe ser absuelta de las costas de primera instancia, lo cual encuentra asidero en el numeral 5° del artículo 365 del CGP, al no acceder el Juez a todas las pretensiones de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: El apoderado de la parte actora al descorrer el traslado otorgado, solicitó la confirmación del fallo opugnado, argumentando que se evidencia el incumplimiento por parte de la AFP PORVENIR S.A. de la responsabilidad y profesionalidad, al no cumplir con la gestión de fiducia teniendo en cuenta la omisión del deber de guiar, vigilar y otorgar información a la demandante, ya que jamás se le prestó asesoría sobre las consecuencias de efectuar el traslado, a más que la sociedad en mención, nunca actuó con transparencia en el momento inicial, ni durante la filiación, puesto que a la actora jamás se le dio a conocer el proceso del cambio de régimen pensional, ni el procedimiento que éste surtiría y mucho menos se le informó que perdería los beneficios adquiridos en el Régimen de Prima Media con prestación definida.

Parte demandada: La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta 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. Agrega que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

A su turno, la apoderada de la **AFP PROVENIR S.A.**, manifiesta 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, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Agrega que el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto de desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en las sentencias C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no contradicen el principio de igualdad. Aduce 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. Resalta que las sumas correspondientes a los gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administración, no están llamadas a financiar la pensión, pues tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte agotado con la solicitud y su respuesta obrantes a folios 35 a 42 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por LUZ STELLA RODRÍGUEZ APARACIO al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, 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 del registro civil de nacimiento (fl. 6); copia del documento de identificación de la demandante (fl. 7); certificado emitido por Colpensiones (fl. 8); formulario de afiliación a Colpensiones (fl. 9); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 10 a 13); proyección pensional en Colpensiones (fls. 14 a 15); formulario de afiliación ante la AFP Horizonte hoy Porvenir (fls. 16 y 151); certificado de estado de afiliación de la AFP Porvenir (fls. 17 y 104); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 18 a 26, 105 a 145 y 160 a 168); simulación pensional emanada de la AFP Porvenir (fl. 27); solicitudes elevadas ante la AFP Porvenir y Colpensiones y sus respuestas (fls. 28 a 42 y 152 a 159); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 101 a 103); historia laboral oficial para bono pensional (fls. 146 a 150); expediente administrativo (archivo 7 Cd. a folio 175); e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y el representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Cd. a folio 175).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 o del deber de información.

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de febrero de 1986, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta el 31 de marzo de 1995, tal como se advierte de la historia laboral que milita a 10 a 13 del diligenciamiento, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 20 de febrero de 1995 (fl. 14), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación visible a folio 104 del expediente; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORIA DEL CASO

Precisando lo anterior, y en aras de resolver lo que corresponde a la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS deprecado en el *libelo genitor*, conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir, 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 (fls. 16 y 151).

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 cuando se encontraba prestando sus servicios para el Círculo de Lectores, ella y otros compañeros de trabajo fueron citados a una reunión con los asesores de la AFP Horizonte, la cual tuvo una duración de una hora; que en ella se le indicó que en el RAIS podía pensionarse a cualquier edad, que sus aportes reportarían rendimientos financieros y que era mejor trasladarse, dado que el ISS iba a desaparecer. Igualmente, refiere que no le informaron sobre la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, tampoco le mencionaron la existencia de una cuenta individual, ni qué sucedería con sus aportes en caso de fallecer. Acota que, si bien el Círculo de Lectores fue absorbido por la Casa Editorial el Tiempo, siempre fue auxiliar contable, y no leyó los comunicados relacionados con el tema que fueron publicados por su empleador (Cd. a folio 175).



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

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 el sentenciador de primer grado, pues se *itera*, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el consentimiento de la afiliada, la cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que dichos dineros también son descontados en el RPM, a más que los mismos ya fueron invertidos y se les dio la destinación que por ley se previó.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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, lo cual además, no fue impuesto por el Juzgado por virtud de sus facultades *ultra y extra petita*, como así lo pretende hacer ver el apoderado de Porvenir, pues se *itera*, ello resulta ser un efecto de la ineficacia o nulidad del traslado, que por ende, no debe ser solicitado de manera expresa en el *libelo genitor*.

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.

La parte demandada PORVENIR 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, PORVENIR, 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 corren a cargo de las apelantes, 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 29 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUZ STELLA RODRÍGUEZ APARACIO** 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

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

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANTONIO HERNANDO PRADA REYES** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

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

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

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Juanita Alexandra Silva** 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 Porvenir S.A.

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **ANTONIO HERNANDO PRADA REYES** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a través de la AFP Porvenir, al igual que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, entidad a la cual nunca dejó de pertenecer; en consecuencia, condenar a la sociedad en mención trasladar a Colpensiones los aportes cotizados en el RAIS; condenar a Colpensiones a aceptar los aportes provenientes del RAIS y registrarlo como su afiliado; se condene a las costas y agencias en derecho (fls. 71 a 72).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 3 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 28 de septiembre de 1957; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 28 de enero de 1987; que el 28 de noviembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1994, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, en tanto que sus asesores le manifestaron que se pensionaría con un monto mayor al que le sería reconocido en el ISS, pudiendo acceder al derecho a una edad más temprana; que la información suministrada por la AFP nunca ofreció elementos de juicio, ni formación veraz y acorde con su situación previa a la afiliación, ni tampoco le suministró los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía. Aduce que por error se afilió a la AFP convocada, al estar convencido que sus beneficios pensionales serían más favorables que los ofrecidos por el ISS. Que solicitó ante la AFP Porvenir la nulidad su traslado, e igualmente, diligenció ante Colpensiones un nuevo formulario de afiliación, solicitudes que fueron resueltas de manera desfavorable por las demandadas.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación del demandante al RAIS tiene plena validez, a más que para aceptar el traslado este debe contar con el análisis y aprobación de la AFP convocada a juicio, como la entidad a la cual se encuentra afiliado. Agrega que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 68 a 72).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones de la demanda, al considerar que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado horizontal, contenido en el numeral 1° del artículo 97 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Decreto 663 de 1993. Añade que el deber de buen consejo, en el que se comparan ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, nació con la expedición del Decreto 2555 de 2010, normativa que para la época en que se consolidó el traslado de régimen pensional no le era exigible a la AFP. Manifiesta que el demandante no aporta pruebas que permitan sustentar la ineficacia del traslado de régimen pensional. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos 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. 77 a 99).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 27 de abril de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del año 1994; **condenar** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **condenar** a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a la AFP Porvenir. (Cd. a folio 185).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, 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 al demandante las circunstancias particulares de su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, e incluso indicarle que su traslado implicaría la pérdida del beneficio del régimen de transición, lo cual no se verifica con la simple suscripción del formulario; 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el traslado del demandante se efectuó de manera libre y voluntaria, en tanto que a la fecha en que se materializó tenía conocimientos del RAIS; además para esa época era aplicable el Decreto 663 de 1993, norma que simplemente exigía en cuanto al deber de información, dar a conocer las características beneficios y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, acotando que según el dicho del actor, este conocía que los dineros de los afiliados eran invertidos para generar unos rendimientos, a más que en su historia laboral se evidencia la realización de unos aportes voluntarios, que si bien no fueron efectuados a través de algún empleador, sí fueron autorizados por el convocante. Precisa que en el plenario existe una comunicación remitida al correo electrónico del actor, en la se le indicó que se encontraba próximo a cumplir la edad de pensión que le impedía retornar al RPM, frente a lo cual no efectuó ninguna manifestación, por manera que no puede aducir negligencia por parte de la AFP, cuando tuvo múltiples oportunidades para regresar al ISS hoy Colpensiones. Agrega que el demandante como consumidor financiero tenía la obligación de actuar con mediana diligencia y obtener la mínima información sobre el acto jurídico celebrado, amén que conocía los canales de información de la AFP, en tanto se comunicó en diversas ocasiones para solicitar la actualización de su historia laboral, para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

recibir sus extractos y para conocer la edad límite que le permitía retronar al ISS. Indica que no puede pensarse que la AFP incurrió en un engaño para con el demandante, quien claramente conocía que los factores de liquidación de la prestación de vejez en ambos regímenes pensionales son diferentes, a más que la inconformidad en el valor de la mesada pensional, no constituye un vicio en el consentimiento. Indica que no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración, dado que el actor tenía conocimiento de los mismos, además, tales sumas se descuentan en ambos regímenes y ya cumplieron la finalidad para la cual fueron creadas por la ley, es decir, fueron invertidos por la sociedad para el debido manejo de los aportes del convocante, y en especial, la realización de las inversiones tendientes a obtener unos rendimientos de sus cotizaciones que ya fueron reconocidos a su favor. Concluye indicando que las primas de los seguros previsionales, fueron utilizadas para contratar una aseguradora que brindó una cobertura al accionante, frente a las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte.

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 al descorrer el traslado otorgado, indicó que los demandados no han logrado desvirtuar de manera fehaciente la afirmación realizada acerca de no haber cumplido con el deber de información hacia el convocante, al momento de su afiliación para que este pudiese tomar una decisión libre e informada sobre su régimen pensional, motivo por el cual debe hacerse efectiva la sanción avistada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual, contempla que el empleador, y en general, cualquier



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor de las sanciones que allí se mencionan, y, además, la afiliación respectiva quedará sin efecto, tesis que se acompasa con la abundante jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la Corte Suprema de Justicia.

Parte demandada: La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta 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. Agrega que la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

A su turno, la apoderada de la **AFP PROVENIR S.A.**, manifiesta 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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. Agrega que el juzgador paso por alto que el demandante si contó con una asesoría previa al traslado, en donde se le indicaron condiciones propias del RAIS, como la rentabilidad de sus aportes, así mismo, el demandante conoció de la posibilidad de retornar al RPM previo a los 52 años, entre otras afirmaciones que demuestran un conocimiento informado por parte del demandante. Aduce que el traslado de régimen pensional de actor 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, 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 las sumas correspondientes a los gastos de administración, no están llamadas a financiar la pensión, pues tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio se constata que este fue agotado a través de la solicitud y su respuesta, obrantes a folios 36 a 39 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la AFP 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 ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por ANTONIO HERNANDO PRADA REYES al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, 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 del documento de identificación del demandante (fl. 13); historia laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expedida por Colpensiones (fls. 16 a 18); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 19 a 28 y 107 a 141), formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fls. 29 y 158); formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fls. 30, 104 a 105 y 145 a 155); historia laboral oficial para bono pensional (fls. 31 a 32 y 142 a 144); simulación pensional emanada de la AFP Porvenir (fls. 33 a 35); derechos de petición elevados por el demandante ante Colpensiones y la AFP Porvenir y sus respuestas (fls. 36 a 41); liquidación pensión vejez RPM (fls. 42 a 43); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 100 a 103); certificación estado de afiliación emanado de la AFP Porvenir (fl. 106); comunicaciones emitidas por la AFP Porvenir (fls. 156 a 157 y 159 a 163) e interrogatorio de parte rendidos por el demandante y el representante legal de la AFP Porvenir (Cd. a folio 166).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos 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 definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de julio de 1981, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta el 1º de julio de 1994, tal como se advierte de la historia laboral que milita a folio 16, para luego trasladarse a la AFP Horizonte el 22 de noviembre de 1994 (fl. 29); finalmente se vinculó a la AFP Porvenir el 12 de junio de 1997 (fl. 30), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación visible a folio 106 del expediente; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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. 29).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que se trasladó al RAIS cuando una asesora llegó a la empresa en la que trabajaba, quien le habló de los beneficios de pertenecer a la AFP, entre los cuales indicó que la administradora de fondos de pensiones era una entidad más estable, al igual que su dinero sería invertido para obtener una mayor rentabilidad, y que su mesada pensional sería de mayor valor que en el ISS, entidad esta que en todo caso sería liquidada. Agrega que no efectuó aportes voluntarios, ni le mencionaron sus beneficios, no le indicaron que existía una edad límite para retornar al RPM, no le hablaron de la pensión anticipada, como tampoco de la fecha de redención del bono pensional, modalidades de pensión, forma de liquidar la mesada pensional, descuento de gastos de administración, ni que para pensionarse necesitaba consolidar un capital mínimo. Igualmente refiere que, conoce sobre la existencia del bono pensional y que el fondo privado ampara a sus beneficiarios en caso de alguna contingencia. (Cd. a folio 166).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, contrario a lo manifestado por la AFP Porvenir, pues pese a que el actor dio cuenta de algunas características del RAIS, lo cierto es que éste no confesó que se le hubiere ilustrado de manera completa sobre las condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales; y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto al actor, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, Horizonte hoy Porvenir S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; al ser su obligación suministrar la 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, pues se *itera*, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consentimiento del afiliado, la 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 dichos dineros se sustentan en un mandato legal impuesto por la propia Ley 100 de 1993, que ya cumplieron su finalidad y que por ende no se encuentran en su poder.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a 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.

Finalmente, 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 en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia las costas corren a cargo de la parte recurrente, 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 27 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANTONIO HERNANDO PRADA REYES** 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.

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

AUTO DEL PONENTE

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written over a large, stylized circular flourish.

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

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS ENRIQUE FORERO TORRES** contra **IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO** en calidad de propietaria del establecimiento de comercio **TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a EDITH MARTÍNEZ ORTIZ identificada con cédula de ciudadanía No. 1.015.409.736 de Bogotá D.C., y tarjeta profesional

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

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

335.128 del C.S. de la J., para que actúe en representación del señor Luis Enrique Forero Torres, conforme al mandato conferido y allegado mediante correo electrónico y con este se revoca el poder conferido a Diana Paola Varela Varela, identificada con C.C. No. 1.033.774.224 de Bogotá D.C., conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Estatuto Procesal.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor LUIS ENRIQUE FORERO TORRES solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de agosto de 1998 y el 31 de diciembre de 2018 con IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO, como persona natural y como propietaria del establecimiento de comercio Talleres Tecnautos Técnica Nacional Automotriz; que se declare que fue despedido sin justa causa.

Como consecuencia de lo anterior solicita el reintegro y a su vez la terminación del contrato a la fecha de presentación de la demanda.

Adicionalmente solicita se condene a la demandada a pagar los aportes a seguridad social integral, a salud y pensión; aportes de compensación y costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare que el contrato fue terminado sin justa causa; que se declare que no se han cancelado los salarios desde el 31 de octubre de 2018 a la fecha de presentación de la demanda y en tal sentido se debe condenar a dicho pago; que se condene



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas causadas desde el 20 de agosto de 1998 hasta el 24 de abril de 2019; se declare que el despido fue injusto y se pague la correspondiente indemnización; que se debe pagar sanción moratoria; que se reajusten los valores a la fecha de la sentencia; se condene al pago de prestaciones conforme a las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que laboró en forma personal e ininterrumpida al servicio de Irene Castañeda Castiblanco desde el 20 de agosto de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2018; que se desempeñó como mecánico automotriz en el establecimiento Talleres Tecnautos Técnica Nacional; que cumplía un horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde; que existió subordinación; que devengaba un salario mensual promedio de \$864.362; que le fue terminado el contrato sin justa causa el 31 de diciembre de 2018; que no le cancelaron prestaciones sociales durante el vínculo laboral; que no fue afiliado a un fondo de cesantías; que no le fue pagado auxilio de transporte; que no fue afiliado al sistema de seguridad social integral en salud ni en pensiones; que la demandada no comunicó sobre el estado de las cotizaciones a la terminación del vínculo; que solicitó certificado laboral pero en esta se indica que el servicio fue prestado en forma ocasional; que no suscribió ningún contrato con la demandada; que el 19 de febrero de 2019 presenta derecho de petición con el fin de obtener copia de las planillas de pago de aportes parafiscales, pero esta le fue contestada en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada, **IRENE CASTAÑEDA CASTIBLANCO en condición de persona natural y como propietaria del establecimiento de comercio Talleres Tecnautos Técnica Nacional Automotriz**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que olvidó el demandante que lo acordado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con la demandada era que, se tendría un contrato de carácter civil, en calidad de contratista. Como **excepciones** propuso las de cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral entre las partes; prescripción; buena fe; indebida acumulación de pretensiones, y la genérica, además las que el juzgado encuentre probadas (fl. 189).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 15 de marzo de 2021, resolvió; **absolver** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probado los hechos sustento de las excepciones; condenó en costas al demandante; ordenó la remisión del proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“..Nótese cómo en este puntual aspecto la declaración de la señora Alba Sosa Alarcón se entendía frente a los valores y al tiempo que el vehículo debía permanecer en el taller directamente con el demandante, solo llegando a tener contacto con la accionada al momento del pago únicamente y luego del consenso entre aquellos lo que termina por reafirmar con mayor veracidad la tesis de la defensa; como consecuencia de lo anterior la parte actora no se preocupó por aportar al plenario pruebas de las condiciones de las condiciones en la que desarrolló la labor, echando de menos la continua subordinación jurídica alegada en la demanda que acreditara el carácter laboral de la relación de las partes, encontrando demostrado por el contrario, conforme al material probatorio que milita en el plenario la autonomía de la parte actora en el ejercicio de sus funciones de mecánico, como arriba se señaló sin dependencia de la convocada a juicio.

La anterior conclusión no varía ni aún teniendo en cuenta el cumplimiento del que hizo alusión el señor Pedro Gualtero Rondón, como quiera que tal circunstancia, constituye apenas una prueba indiciaria que no puede ser analizada de forma insular o aislada, para concluir que en todos los casos donde el contratista desarrolla la labor contratada indiscutiblemente se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

configura un contrato de trabajo, si no que por el contrario tal aspecto debe ser analizado en consonancia con los demás elementos de prueba, a fin de verificar si ese horario constituye o no prueba irrefutable de una subordinación jurídica, y así lo ha entendido y lo ha desarrollado la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples decisiones, entre las que se destaca la SL 1161 de 2015, SL 8434 de 2014, SL 14481 de 2014.

De igual manera el suministro de herramientas tampoco por sí solo estructura la existencia de una relación de trabajo de forma unívoca o de subordinación, toda vez que jurisprudencialmente se ha permitido que la actividad independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada, siendo las particularidades fácticas propias del litigio que le permiten acoger, desechar los elementos indicativos de una subordinación jurídica como aquí ocurrió. (24:45)

Colorario a lo anterior ante la ausencia de elementos de juicio suficiente que encuentre la existencia de una verdadera relación de trabajo entre el señor Luis Enrique Forero y la señora Irene Castellano Castiblanco en su calidad de propietaria del establecimiento talleres Tecniauto, Técnica Nacional Automotriz, que permitan establecer la causación, y titularidad de los derechos reclamados abonado la imposibilidad en este escenario superar tal defecto probatorio, no surge alternativa distinta a la del despacho, salvo absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, lo que indefectiblemente da traste con las acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas, pues aquellas pendían de forma directa y sustancial de la prosperidad de la relación laboral, la que se reitera no fue demostrado en el presente proceso”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante** interpone recurso de apelación y en él solicita se valore el material probatorio recaudado, al considerar que entre las partes sí existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el año 1998 a 2018; que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio y que el demandante no tenía autonomía para desempeñar sus labores; debiéndose valorar los elementos esenciales del contrato (27:57).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la demandada guardó silencio.

La parte **demandante**, solicita se revoque la sentencia, y consecuencia de ello, se declare la existencia de un contrato de trabajo y se ordene el pago de acuerdo a las pretensiones incoadas; que el demandante no era autónomo en las labores desarrolladas, por lo tanto, se debía estudiar el material probatorio acopiado al expediente; que la subordinación, el cumplimiento de un horario se encuentran acreditados con las pruebas testimoniales recaudadas, para establecer la existencia del vínculo contractual

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 señora IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO, en calidad de persona natural y como propietaria del establecimiento de comercio denominado TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL AUTOMOTRIZ existió un vínculo de índole laboral y de ser afirmativa esta premisa, determinar si al demandante le asiste derecho a que la demandada le reconozca y paguen las acreencias laborales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte causados durante la vigencia de la relación laboral, las indemnizaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por despido injustificado y por mora en el pago oportuno de prestaciones sociales a la terminación del vínculo contractual.

1. 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- Liquidaciones efectuadas a favor del demandante a partir de junio, noviembre de 2007; julio a diciembre de 2008; enero a noviembre de 2009; enero, febrero, mayo, junio, agosto a diciembre de 2010; enero a diciembre de 2011; enero a diciembre de 2012; abril a septiembre y noviembre de 2013; enero a diciembre de 2014; enero a diciembre de 2015; enero a diciembre de 2016; febrero a diciembre de 2017; de enero a octubre de 2018 (fl. 21 a 135).
- Liquidación de prestaciones sociales (fl. 136).
- Derecho de petición incoado a la demandada (fl. 149).
- Respuesta de derecho de petición (fl. 142).
- Certificación expedida por la demandada (fl. 143).
- Derecho de petición remitido a la demandada por correo electrónico el 19 de febrero de 2019 (fl. 144).
- Respuesta a derecho de petición (fl. 147).
- Comprobante de pago de aportes a salud (fl. 211 a 230)
- Comprobante de pago de aportes a pensión (fl. 216 a 230).
- Consulta de afiliados compensados del demandante (fl. 231).
- Certificación de Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres (fl. 234).
- Planilla de pago de aportes al sistema de seguridad social en salud – EPS Cruz Blanca (fl. 235 a 253).
- Planilla de pago de aportes al sistema de seguridad social en Pensión – Pensiones y Cesantías Santander (fl. 254 a 283).
- Extracto de cuenta individual del demandante en ING Pensiones y Cesantías (fl. 284 a 290).
- Formulario RUT del demandante (fl. 293).
- Cuenta de cobro por trabajos de mecánica suscritos por el demandante (fl. 294, 297; 305; 328; 346; 351; 358, 367; 382; 395; 410; 425; 434; 447; 465; 474; 484; 495; 503; 528; 541; 548; 561; 574)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- Ordenes de reparación (fl. 295; 298; 306; 329; 347; 352; 359; 368; 383; 396; 426 a 446; 448 a 464; 466 a 473; 475 a 483; 485 a 495; 496 a 502; 504 a 527; 529 a 540; 542 a 547; 549 a 560; 562 a 573; 545 a 579).

De otra parte, el señor Luis Enrique Forero Torres, absolvió interrogatorio de parte y en el mismo señala que era mecánico automotriz; que recibía órdenes de la señora Irene de Castiblanco; que ella no le decía como realizar su trabajo, pero *“ella me daba la orden en un papelito y me decía a este carro hay que hacerle esto o revisarle esto y esto yo lo revisaba le pasaba una hoja”*; que a veces le prestaba los servicios a Claudia, mientras laboraba con la señora Irene, pero *“porque Fredy Castiblanco es el hijo de doña Irene y él traía los carros para que yo se los arreglara ahí, él me decía Enrique hay que arreglarle esto a este carro, arréglemele esto yo le decía Fredy esto hay que cambiarle el mismo me traía los repuestos yo se los cambiaba y se lo arreglaba, él se lo llegaba contento”*.

En cuanto al salario señaló que, *“eso era por horas que ella pagaba.”*, correspondientes a \$3.000 o \$4.000; respecto al pago de un porcentaje por lo que hiciera, este fue enfático en señalar que, *“no, no, nada”*; posteriormente, al reiterarse la pregunta frente al pago por horas o por porcentaje este señaló *“era por horas, entonces me decía ese carro trae pongámosle 12 horas, desde esas 12 horas me pagaban”*; que aun cuando estuvo malo el trabajo él no iba a otros talleres a trabajar; que en las cuentas de cobro colocaba las horas laboradas.

Respecto al horario señaló que, *“cumplía mi horario antes salía uno a las 5 y a veces salía a las 6, 7 de la noche porque cuando había mucho trabajo tocaba llevar carros a parqueaderos entonces salía más tarde y por la mañana tocaba ir a traerlos o través para el taller”*; que le pagaban de manera mensual, pero quincenalmente le hacían un préstamo de \$300.000 (fl. 594).

La demandada a su turno, a la hora de rendir el correspondiente interrogatorio de parte señaló que, siempre ha sido propietaria del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

establecimiento de Comercio Talleres Tecnoautos; que no se acuerda cuando empezó a trabajar el demandante en su taller; que no ha sido jefe del demandante por cuanto *“él presta sus servicios por contrato de acuerdo a la necesidad, si hay trabajo o no”*.

Respecto al salario señaló que *“se le pagaba un porcentaje siempre de acuerdo al trabajo que realizará porque él era un contratista independiente.”*; posteriormente señaló que se le pagaba por horas de trabajo.

En lo atinente a las herramientas u elementos de trabajo utilizados para desarrollar su labor, el *“...tenía su propia herramienta, tiene varias cajas de herramientas, pero cuando ya es herramienta calificada él lo hacía en el taller con herramientas del taller, el taller le prestaba la herramienta.”*

Respecto al horario de trabajo indicó que *“...no es cierto, la entrada si era para todos igual porque debían cuadrar los carros para su trabajo si él tenía de mecánica él lo hacía y se iba”*; que él se encargaba de pagar sus aportes al sistema de seguridad social; que las labores debían realizarlas directamente porque *“es su profesión”*; que nunca puso a otra persona a trabajar para él.

En lo atinente a la terminación del aparente vínculo contractual, *“...es que nunca hubo terminación de contrato, el no volvió a trabajar al taller porque no tenía por qué estar solicitando ninguna terminación, el no volvió, así cómo puede ir a un taller, puede ir al otro y no tiene por qué estar diciendo que viene o no viene, el no volvió a trabajar también allá en el taller porque también se puso muy escaso el trabajo...”*.

Que no se le decía al demandante cuántos automóviles arreglar, sin embargo, él estaba pendiente de que estaba pendiente por hacer él lo hacía; que *“...yo siempre estuve a cargo del taller, yo siempre estuve en el taller, pero él no volvió a trabajar allá, él cogió sus cajas de herramientas, ahí lo que le hacíamos era el favor de guardarle las cajas de herramienta, entonces un*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

día decidió llevarse sus cajas de herramientas y no volvió a trabajar, porque él vio que ya estábamos haciendo charlas con mi hijo que tenía que coger el taller, entonces el los citó a todos a un acuerdo, quien quiere seguir trabajado en el taller que ya seguía por cuenta de él, pero él ya se había ido, él ya no había vuelto al taller porque se puso malo el trabajo, no había trabajo, él estaba trabajando en otro taller”.

Para que le fuera pagada su remuneración *“él pasaba su cuenta de cobro y se le cancelaba sus servicios que había hecho, su trabajo que nos había hecho y se le anotaba las placas de los carros y se le cancelaba, siempre se le cancelaba en su oportuno tiempo”* y finalmente frente a la posibilidad de ausentarse del taller, esta señaló que, *“no pasaba nada absolutamente porque no tenía trabajo fijo en el taller nada, solo que se le exigiera porque había que colaborar como todos colaboran con el movimiento de los carros, que se pierde hora y media cuadrando los carros, entonces a todos los contratistas se les exigía llegar temprano a cuadrar los carros, pero si él no llegaba no había problema porque igual a veces él no iba, a veces él no llegaba temprano porque no había mecánica y si no había mecánica él no iba, se iba a trabajar a otros talleres porque él no tenía por qué ir al taller porque sabía que no había mecánica”* (fl. 594).

Juan Carlos Duque Jimar, indicó que conoce al demandante desde el año de 1999; recuerda dicha fecha, porque a finales de dicha anualidad se independizó y montó su propio taller; que *“imagina”* que *“la señora Irene porque nunca conocí un jefe de taller y el hijo Fredy”*; que respecto a las órdenes señaló *“...le decía que había que arreglar los carros que llegaban, cuando yo solicitaba algún arreglo de Enrique que me ayudara con algún carro que yo no entendía el me ayudaba y si le decía que había que arreglar un carro cuando llegaban los carros estrellados o algo, que había que desbaratar algún motor que es lo que él hacía, porque ellos hacían latonería y pintura básicamente”*. Que hasta donde supo le pagaban *“el 50% de todo lo que hicieran”* y que ello le consta por él un día le ofreció trabajo y él dijo que no, porque allá trabajaba y ganaba bien. En cuanto a la terminación del contrato, señaló que este fue terminado por Freddy y que *“el me llevo por*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la tarde con su morral y me dijo que, si le daba trabajo, mi taller como lo dije anteriormente colinda con el de ellos, como así que, si le doy trabajo, no es que Freddy me acaba de cancelar el contrato y ya, me fui, y yo cómo así que paso, eso fue lo que me dijo el, Freddy me saco del taller”.

Héctor Obando Calderón Jiménez, manifestó conocer al demandante como en el año 1998; tiene conocimiento de este hecho porque él trabajaba frente a una oficina que él tenía frente al taller hasta aproximadamente el año 2010 o 2012 que las vendió; que no sabe respecto al salario o remuneración que recibía el demandante, así como tampoco sabe o le consta el pacto o acuerdo celebrado entre las partes, como también informa no saber si el demandante trabajó en otro taller y si le eran pagados los aportes a pensión; que veía al demandante *“toda la semana, nosotros trabajábamos en la empresa de lunes a sábado y ellos trabajaban también de lunes a viernes a sábado, de eso si no estoy tan seguro si los sábados lo hacían o no, yo creo que si en ocasiones”.*

En algunas ocasiones vio que la demandada le dijo al demandante *“no, mueva los carros, haga para acá, venga para allá, pues las órdenes que normalmente da un jefe en un establecimiento, no solamente a él, a los latoneros, a los pintores.”*

Que no había otra persona que arreglara un carro, ya que el único era el demandante; que el horario de trabajo era *“7:30 a 8 de la mañana estaban ahí”* hasta las *“5 o 5:30”* y en cuanto al salario, indicó que no sabía el monto correspondiente a este concepto. Que no vio que el demandante trabajara en otros talleres.

A su turno Gonzalo Alfredo Tafur conoce al demandante hace 12 años porque tenía un negocio enseguida del Taller Tecniautos; que el taller es propiedad de la señora Irene y una hija; en lo atinente al horario de trabajo señaló que, *“pues yo la verdad lo veía que él llegaba muy temprano, de horario, yo la verdad no conozco el vínculo laboral que él tenía, pero yo todos*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los días lo veía; yo, abría mi taller y él ya estaba ahí yo abría a las 8 de la mañana y él llegaba normalmente antecito de las 8”, informó no saber cuál era la remuneración del actor; sin embargo, cuando el deponente tenía alguna duda respecto a un carro llamaba o le solicitaba al actor que le asesorara y esto era después de su jornada laboral.

Que el taller lo tuvo hasta febrero del año 2019; que él fue “*despachado*” del trabajo porque el mismo demandante se lo comentó.

De cara a lo hasta aquí expuesto, oportuno resulta indicar para esta Sala que entre las partes efectivamente existió una relación de carácter laboral, pues así se encuentra acreditado con la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes y adicional a ello, la demandada, a la hora de contestar el petitum y rendir el correspondiente interrogatorio de parte, aceptó en forma expresa la existencia del vínculo contractual, aunque en interregnos de tiempo diferentes a los señalados por el demandante.

Alba Cecilia Sosa Alarcón informó conocer al demandante desde hace unos 15 o 17 años, porque les recomendaron el taller y Enrique fue quien los atendió, en el año de 1999; que empezaron a llevar el vehículo a ese taller; que iba al taller cada vez que debía realizar el cambio de aceite al carro, más o menos cada 3 o 4 meses, dependiendo del kilometraje del auto; que el horario del actor era de “*8 de la mañana a 5:30 de la tarde, yo iba a cualquier hora entre ese horario entre las 8 de la mañana y las 5:30 de la tarde yo iba cuando podía cuadrar mi agenda, en el momento que podía tener el tiempo para asistir al taller, yo asistía y hablaba con él le hacíamos al carro lo que había que hacerle*”; no sabe a ciencia cierta la retribución pagada por sus servicios; que el día que ella iba al taller para que le fuera revisado el carro siempre encontraba al señor Luis Enrique en el taller.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pedro Waltero Rondón, informó que cree que el demandante trabajó con doña Irene 18 o 20 años, más o menos; que él actor llegó después de él; que se desempeñó como mecánico automotriz; que no sabe porque el demandante dejó de asistir al taller; que les pagan por lo que hagan y no tienen sueldo fijo; que le dan un porcentaje sobre el valor que quede del trabajo del vehículo pero no sabe cuánto ganaba Luis Enrique; en caso de ausencia del señor Enrique, *“pues si no llega trabajó allí el fregado es uno porque cuando el trabajo está bajo pues uno deja de producir lo que uno haga pues ya se merma el ingreso que uno amerita, se baja a medida que se baja el trabajo a uno le baja el sueldo y si el trabajo está bueno a uno también le sube el ingreso, cuando está el trabajo bajito uno saca poquito”*; que en el tiempo libre podían ir a otro sitio a prestar sus servicios pero por lo general permanecían en el taller a la espera de que llegase trabajo; en cuanto al horario fue enfático en señalar que *“pues a nosotros siempre nos estipularon una hora de entrada y una hora de salida y por lo regular nosotros siempre la hemos respetado”* y ese horario era de las 8:00 a 5:00 de la tarde o 5:30 pm y cuando no iban *“uno avisa, se avisa a la oficina o uno pide como un permiso para decir que tiene como que hacer una vuelta, tiene un compromiso que hacer o algo pendiente, no lo hemos tomado como que uno se quiera ir o que uno se vaya a la hora que uno quiera porque eso nunca paso, siempre se pide un permiso se avisa que uno tiene que ir hacer su diligencia”* y en igual sentido se procedía si ocurría alguna eventualidad y no se alcanzaba a llegar a la hora indicada; cuando se le indagó, en lo atinente a los días en que no había trabajo qué hacía el demandante, este dijo que, *“no señor que yo sepa no, él había de pronto en su tiempo libre acá había un taller pequeño que de pronto él le colaboraba a otro señor que tiene un taller pequeño de mecánica, que es sólo mecánica si me consta que él le ayudaba, pero de otros talleres más no”*; que por lo general él no pedía permiso y simplemente cuando no había trabajo él podía ir a otro lado *“si señor, pues si en el otro lado de pronto lo llamaban él permanecía acá hasta la hora que tenía que irse para la casa”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En lo atinente a la declaración de Claudia Cecilia Ortiz Rodríguez, es nuera de la demandada, que al actor le pagaban de acuerdo al trabajo que llegara y conforme a eso le daba un porcentaje, aunque desconoce el monto de este porcentaje; respecto al horario señaló que *“Pues aquí no es que cumplan un horario, unos les dice hay que llegar a las 8 por si llega un carro en el caso mío, en el caso de doña Irene todos tenían que llegar a una cierta hora si claro, por que como habían responsabilidades anteriores entonces ellos tienen que cumplir con lo que está estipulado que dice la compañía de seguros, hay un carro para reparar si ellos no llegaban afectaban la productividad del taller, entonces no es que se les estableciera horario si no es que ellos tenían que cumplir con la responsabilidad que le asignaba entonces entre comillas tenían que cumplir un horario hasta que repararan el vehículo, ese era el compromiso para poderles pagar el porcentaje que ellos ganan”*; que en ocasiones le hizo trabajos en otro establecimiento.

Respecto al fenecimiento del vínculo contractual señaló que *“inclusive el aquí al lado del taller cuando nosotros llegamos al taller a administrar el taller el señor Luis Enrique salió y se fue, dijo yo no trabajo con ustedes porque yo tuve pues un problema de diferencias de precio de los trabajos que el me hacía y él dijo que no nos volvía a arreglar carros, él supo que nosotros llegábamos administrar el taller y él se fue, y se fue para el taller del lado a donde siempre le había ayudado al señor hacer su trabajo, y en los tiempos libres que él tenía acá porque no llegaba trabajo él le trabajaba al señor Luis Carlos, Juan Carlos, que en ese momento se quedó en ese taller”*.

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido, que conforme a la certificación allegada por la misma parte demandante y la cual obra a folio 143 del cartulario, se indica que el demandante prestó sus servicios en Tecnautos, hasta el 31 de octubre de 2018, sin que se demostrara fecha diferente en el decurso procesal, y mucho menos que hubiese una coexistencia de contratos laborales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo.



En los anteriores términos, es protuberante el yerro jurídico que se le enrostró al juzgador de conocimiento, al no 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.

Así las cosas, para esta Sala de Decisión se encuentra más que acreditados, los elementos esenciales del contrato del señor Luis Enrique Forero Torres a favor de Talleres Tecnautos Técnica Nacional Automotriz, por lo que, se revocará en forma íntegra la sentencia de primera instancia.

Colofón de lo anterior, se entrará a determinar el extremo inicial del vínculo laboral, al existir controversia frente a dicho tópico, ya que frente al finiquito contractual, se tomará la información registrada en la certificación laboral expedida por la señora Irene Castañeda de Castiblanco en calidad de propietaria del establecimiento de Comercio antes citado, es decir, el 31 de octubre de 2018 (fl. 143).

No se pasa inadvertido que el demandante reclama como extremo inicial del vínculo laboral el 20 de agosto de 1998, sin embargo, de la prueba documental arrimada al haz probatorio, a pesar de ser extensa, no deja entrever en forma alguna el inicio del vínculo contractual, reclamado.

Por lo que, para resolver esta dicotomía se traerá a colación lo dispuesto por nuestra H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la cual ha sido enfática en establecer entre otras sentencias, como la SL 905-2013, reiterada con la sentencia SL1181-2018 que;

“En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.”

Así las cosas, se deberá traer a colación las declaraciones de los señores, Alba Cecilia Sosa Alarcón y Juan Carlos Duque, quienes coinciden en decir, que en el año 1999 fue cuando conocieron al señor Luis Enrique y para dicha data el demandante ya prestaba sus servicios a la convocada a juicio, en tal sentido, se dará credibilidad a su declaración, al ser consistentes y centrar su dicho o conocimiento, en eventos o situaciones específicas (creación de su negocio y la compra de un vehículo).

Respecto a la declaración del señor Héctor Obando, esta no se tendrá en cuenta, para determinar el extremo inicial de la litis, ya que es el único deponente que señala como fecha de inicio del vínculo contractual el año de 1998, no dando certeza sobre el conocimiento de dicho extremo.

Consecuencia de las argumentaciones esgrimidas y al caudal probatorio allegado, se tendrá como extremos temporales del vínculo contractual entre el 31 de diciembre de 1999 y el 31 de octubre de 2018.

Respecto al salario, debe indicar esta Colegiatura que, no fueron allegadas planillas de pago, únicamente cuentas de cobro, en la que, se relacionan reparaciones o servicios prestados a determinados vehículos, con unos valores para cada uno de ellos; sin embargo, al indagársele tanto al demandante como a la demandada en los interrogatorios de parte, sobre los enunciados documentos, señalaron al unísono que esta era la forma en cómo establecían la cantidad de horas laboradas por el demandante y de acuerdo a las horas laboradas se pagaba la retribución o salario.



Sin embargo, en este mismo punto, los intervinientes, señalaron que se pagaba como retribución un porcentaje de los servicios o automóviles reparados o revisados, sin decir, en forma clara cómo utilizaban tal figura.

Así las cosas, al no tenerse certeza sobre el monto pagado como retribución de los servicios, se tendrá como salario devengado por el demandante, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Consecuencia de lo anterior, se declarará la existencia del contrato de trabajo desde el 31 de diciembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2018, el cual estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido; devengando un mínimo legal mensual vigente durante toda la vinculación contractual.

REINTEGRO

Preliminarmente, necesario se torna indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y parágrafo del art. 62 del CST.

Sobre esa forma de terminación del contrato de trabajo, la parte demandante centra su reclamo jurisdiccional en su ineficacia, dado que fue desvinculado del taller sin ninguna justa causa Mientras que por su parte, Tecnoautos, repara en dicha apreciación, al indicar que el demandante no volvió a su sitio de trabajo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Será entonces, bajo ese escenario, que se procederá a determinar si la hipótesis planteada por el apelante encuentra vía de prosperidad; resultando necesario indicar que sobre la institución sustantiva reclamada por LUIS ENRIQUE FORERO TORRES, la Corte Suprema de Justicia ha definido que la violación del derecho al debido proceso por parte del empleador al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, presupone por regla general, el desconocimiento del procedimiento expresamente previsto para despedir al interior de la empresa, dado que la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato con justa causa.

En este aspecto, debe precisarse que en la demanda no se indicó en forma alguna el motivo por el cual se reclama el reintegro a su trabajo, sin embargo, del caudal probatorio recaudado, pese a ello y revisado el cartulario, se tiene que la parte actora no allegó prueba siquiera sumaria en la que se acredite que el demandante se encontrara en situación de debilidad manifiesta, que tuviese una pérdida de capacidad laboral o discapacidad, con ello, estudiar si resultaría procedente ordenar un reintegro, a la luz de la Ley 361 de 1997, entendiéndose que ello es el motivo, dado que en los fundamentos de derecho alegados como vulnerados solo se alega lo concerniente al no pago de prestaciones sociales y aplicación de la sanción moratoria como consecuencia de ello y la terminación del vínculo sin justa causa.

En tal sentido, la pretensión de la parte activa en torno a la ineficacia del finiquito y el consecuencial reintegro, carece de visos de prosperidad.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Establecida como quedo la relación laboral, los extremos y los salarios devengados, preciso se torna estudiar, respecto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al considerar en el introductorio que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no le fueron pagadas, y pese a que el recurso de apelación no es claro frente a las prestaciones sociales que pretende le sean reconocidas en la alzada y que se incoaron pretensiones principales y subsidiarias, se verifica que en las segundas se reclaman derechos laborales ciertos e indiscutibles los cuales debe esta Sala entrar a resolver los pedimentos alegados, de acuerdo a los múltiples pronunciamientos realizados por nuestro órgano de cierre, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral

PRESCRIPCIÓN

Sobre el particular, resulta indispensable hacer alusión a lo dispuesto por los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S al tenor de los cuales las obligaciones de carácter laboral se ven afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción, transcurridos 3 años desde su exigibilidad. Término trienal que solo podrá ser interrumpido por una sola vez y por un periodo igual, mediante el simple reclamo escrito presentado por el trabajador ante su empleador.

Consecuencia de lo anterior, se aplicará el término prescriptivo frente a todas las prestaciones sociales reclamadas por el demandante, con anterioridad al 23 de abril 2016, a excepción de las cesantías, ya que dicho rubro, conforme a los planteamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, se hace exigible a la finalización del vínculo contractual y en tal sentido a partir de dicha se empieza a contabilizar el término prescriptivo².

Realizada la anterior precisión, se procede al estudio de las mismas de la siguiente manera:

CESANTÍAS.

² Sentencia 34393 de 2010, reiterada en sentencia 35201 del 21 de septiembre de 2010 y aplicado en diferentes pronunciamientos, el más reciente de ellos, en la sentencia SL 1451-2018, Magistrada Ponente Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año (Art. 253 CST).

En el sub lite, se corrobora el no pago de este emolumento; después de realizar las operaciones matemáticas correspondientes se tiene que por este concepto, se condenará a Irene Castañeda De Castiblanco en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Talleres Tecnautos Técnica Nacional Automotriz, la suma total de **\$10.342.593**.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

Los intereses a las cesantías se entronizaron en la legislación colombiana mediante la Ley 52 de 1975, y deben ser liquidadas con el 12% sobre saldos de cesantías que se tengan al 31 de diciembre de cada año calendario, o el 1% mensual cuando son anticipados, ello es, por retiro parcial o renuncia, con el deber por parte del empleador de entregarlas al trabajador en enero de cada año, efectuadas las operaciones de rigor se tiene que Irene Castañeda De Castiblanco como propietaria del establecimiento de comercio Talleres Tecnautos Técnica Nacional Automotriz, le adeuda al aquí demandante la suma de **\$235.398,28**.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PRIMA DE SERVICIOS

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST).

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, encuentra la Sala que por este concepto la demandada adeuda la suma **\$2.071.729,05**.

COMPENSACIÓN EN DINERO POR CONCEPTO DE VACACIONES

Conforme a lo establecido por el artículo 186 del C.S.T., las vacaciones son un descanso remunerado a que tiene derecho todo trabajador, el cual las puede disfrutar durante la ejecución del contrato y si no lo hace puede solicitar su compensación en dinero que se liquidaran con el último salario devengado. Para tal efecto, las mismas se liquidan en cuantía de **\$930.884,53**.

AUXILIO DE TRANSPORTE

El pago por concepto de auxilio de transporte, se encuentra reglado en el la Ley 15 de 1959, que en su artículo 2, estipula un beneficio a los trabajadores que deban trasladarse de su residencia a su sitio de trabajo y que devenguen hasta 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el sub lite, se reclama el reconocimiento de este beneficio, en tal sentido, al no acreditarse el pago de este concepto, se ordenará su pago en cuantía de **\$2.522.110**.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA

Bien es sabido por la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral que es al trabajador a quien le corresponde probar el hecho del despido, y al empleador la justa causa que alega para dar por terminado el vínculo, tal como se señaló en la sentencia SL15094-2015, con base en este razonamiento jurídico, se tiene que la convocada a juicio, tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio rendido por la propietaria del establecimiento de comercio, señalaron que el demandante se había salido de su trabajo y no volvió.

Ahora bien, según el principio de la carga probatoria, corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador demandado por la terminación injusta del contrato, la justa causa para finalizarlo, deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del CGP.

Al respecto cabe advertir que de los testimonios rendidos no es posible extraer los motivos que conllevaron a la terminación de la relación laboral, ya que estos dicen que este fue despido, por el mismo comentario o dicho del demandante, pero no por tener conocimiento directo de tal situación; así como tampoco es posible establecer las circunstancias a partir del libelo genitor, puesto que en la narración de los hechos, la demandante solo se circunscribe a expresar que fue despido, pero no cumplió con la carga a la prueba demandada por el artículo 167 del CGP.

Máxime que el demandante, señaló que “Fredy” hijo de la demandada le dijo que *“no había más trabajo para mí que porque ya traía su combo de mecánicos y eso, que trajo un poco de venezolanos, entonces listo me quedan tres carros yo los voy*



acabar de arreglar, se los arregle, los entregue le dije ahí están sus carros listos no hay problema revíselos, que esos eran de la compañía Liberty”, sin embargo, la propietaria de dicho establecimiento no lo despidió ni le hizo llamado de atención alguna, nótese que en su declaración, ella informó que el demandante era “yo nunca he decidido no contratar más con él no volvió, el, así cómo iba a varios talleres el no volvió al taller, eso no es cierto, él nunca volvió al taller a trabajar porque se dio cuenta de que el taller se iba a cambiar a mi hijo, ya le cedí el trabajo a mi hijo porque yo soy mayor de 75 años y mejor dicho el no volvió a trabajar y de pronto lleva sus herramientas a otros talleres”.

De tal suerte, que no es posible condenar al demandado al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

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, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Irene Castañeda de Castiblanco en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Talleres Tecnautos Técnico Nacional de Automotriz convocada a debate judicial para la data de terminación del contrato, no se ajusta a los parámetros exigentes 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 31 de octubre de 2018 diligencia en el pago, o por lo menos, motivos excepcionales para no efectuarlo.

Lo que conlleva sin lugar a dubitaciones adicionales, a condenar al reconocimiento y pago de la indemnización relatada, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del nexó y sin que se adelantara gestión alguna a fin de suplir el pago debido a la activa.

De cara a lo anterior, necesario es reseñar que al detallarse probado únicamente el salario mínimo legal vigente para el año 2018, 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 **\$26.041** desde la terminación del nexó 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.

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL

Al respecto, suma nuevamente reiterar que al encontrarse comprobada la existencia del contrato de trabajo, dimana evidente el reconocimiento de todos los derechos de que son titulares los trabajadores y que fueran requeridos ante esta jurisdicción, máxime si los mismos son imprescriptibles e irrenunciables. En esa medida, conforme lo previsto en los artículos 15 y 22 de la Ley 100 de 1993 era obligación del empleador efectuar el pago del porcentaje de cotización a sus trabajadores; empero, será responsable del pago de su aporte y del aporte de los empleados a su servicio por el monto total “*en el evento de que no hubiese efectuado el descuento al trabajador*”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En el *examine* la actora no reclama en la alzada en forma clara el reconocimiento de este concepto, por el periodo comprendido del 1° de diciembre de 1999 al 31 de diciembre de 2018; ahora dimana incuestionable que tal concepto no fue pagado por la convocada a juicio y por ende será condenada al pago de los mismos, teniendo en cuenta para dicho pago como Ingreso Base de Cotización el salario mínimo legal vigente para cada anualidad.

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 la señora, **IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO** en calidad de propietaria del establecimiento de comercio **TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ** y a favor del demandante.

En esta instancia las costas estarán a cargo de la demandada y a favor del demandante. Líquidense 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: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de marzo de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito, dentro del proceso adelantado por LUIS ENRIQUE FORERO TORRES contra IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO en calidad de propietaria del establecimiento de comercio TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ, para en su lugar;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO. DECLARAR la existencia del contrato de trabajo, entre **LUIS ENRIQUE FORERO TORRES** contra **IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO** en calidad de propietaria del establecimiento de comercio **TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ**, desde el 1 de diciembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2018, el cual estuvo regido por un contrato de trabajo a término indefinido, devengando un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO. CONDENAR a la demandada IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO en calidad de propietaria del establecimiento de comercio TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ, las siguientes sumas de dinero;

2.1	Cesantías.....		\$
.		10.342.493
2.2	Intereses	a	las \$
.	cesantías.....		234.117, ¹⁰
2.3	Prima	de	Servicios \$
.		2.071.729, ⁰
			5
2.4	Compensación	de	\$
.	Vacaciones.....		930.884, ⁵³
2.5	Auxilio de Transporte		\$
.			2.522.110
2.6	Indemnización moratoria equivalente a la suma de \$26.041 pesos diarios, a partir del 1 de noviembre de 2018, hasta la fecha en que se sufrague en forma completa el pago de las prestaciones sociales a favor del demandante		

CUARTO. CONDENAR a la demandada, IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO en calidad de propietaria del establecimiento de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

comercio TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, a partir del 31 de diciembre de 1999 y hasta el 31 de octubre de 2018, teniendo como Ingreso Base de Cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

QUINTO. DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO en calidad de propietaria del establecimiento de comercio TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ, respecto a derechos laborales causados con anterioridad al 23 de abril de 2016.

SEXTO. CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada y en esta instancia las mismas estará a cargo de IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO en calidad de propietaria del establecimiento de comercio TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ y a favor del demandante.

OCTAVO. NEGAR las restantes pretensiones.

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

2019-12-15

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de IRENE CASTAÑEDA DE CASTIBLANCO en calidad de propietaria del establecimiento de comercio TALLERES TECNAUTOS TÉCNICA NACIONAL DE AUTOMOTRIZ a favor del demandante, LUIS ENRIQUE FORERO TORRES en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000).

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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA MARÍA QUITIÁN** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARTHA MARÍA QUITIÁN** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a través de la AFP Porvenir, al igual que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, condenar a la sociedad en mención registrar en su sistema de información que su afiliación estuvo viciada de nulidad por error de hecho; condenar a Colpensiones a recibirla como afiliada, al igual que recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS y a contabilizar las semanas allí cotizadas para efectos pensionales; condenar a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 9 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 9 de octubre de 1963; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el 1° de agosto de 1980; que ha prestado sus servicios para diferentes empleadores de naturaleza privada, y desde el 13 de marzo de 2007 se desempeña como abogada asesora de la Superintendencia Financiera de Colombia; que el 19 de diciembre de 2003, la AFP Porvenir la persuadió a través de engaños, para que se vinculara a dicha entidad, data para la cual contaba con 40 años y un total de 713,57 semanas de cotización. Agrega que al momento de su traslado no fue asesorada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, sobre las diferencias entre uno u otro régimen pensional, como tampoco frente a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, ni los beneficios,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

riesgos, desventajas o inconvenientes del mismo. Que no fue informada sobre el régimen que más le convenía, teniendo en cuenta su historia laboral, edad y tiempo de servicios o cotizaciones, como tampoco se le indicó el monto del capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para consolidar su derecho pensional, obviando la sociedad llamada a juicio muchas de las características del RAIS. Aduce que el en el mes de noviembre de 2012, suscribió formulario de afiliación ante Colpensiones, mismo que fue rechazado por la entidad, por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. Que solicitó ante las dos demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición, de suerte que no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, al encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. Añade que en el presente caso no concurre el vicio del consentimiento por error alegado, a más que la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que estatuye como plazo para solicitar la rescisión, el término de 4 años. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 168 a 174).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la información suministrada a la parte actora se encuentra acorde con las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

disposiciones legales y las directrices impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Indica que la actora tomó una decisión informada y consciente, motivo por el cual suscribió el formulario de afiliación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso. Aduce que tampoco obra prueba en las diligencias, de la cual emane el actuar doloso del asesor de la AFP, o que este haya forzado a la convocante, a fin que suscribiera el formulario de afiliación. Acota que conforme a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, no puede hablarse de un vicio del consentimiento por error de derecho, dado que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fls. 136 a 148).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 20 de mayo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **ordenar** a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; **ordenar** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Porvenir y efectuar los ajustes en la historia pensional de la accionante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en **costas** a la AFP Porvenir y a Colpensiones (Cd. a folio 194).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, ya que el deber de información no se verifica con la simple suscripción del formulario y tampoco se sana por la condición de abogada de la demandante, la cual en todo caso adquirió con posterioridad a la celebración del acto jurídico; 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, la actora realizó su traslado al RAIS y mantuvo su afiliación durante más de 15 años, realizando aportes a su cuenta de ahorro individual, actuar que evidencia su aceptación de pertenecer al mismo. Señala que el retorno de la actora al RPM afecta ostensiblemente el principio de sostenibilidad financiera, el cual se sustenta en los principios de igualdad y equidad, de quienes efectúan cotizaciones a la entidad, a más que la convocante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, norma que cuenta con un estudio de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional. Refiere que el precedente de la Corte Suprema de Justicia no exime a los afiliados de dar cumplimiento a los deberes que ostentan como ciudadanos, los cuales no fueron cumplidos por la parte activa, quien ni siquiera elevó petición alguna a la AFP convocada sobre el modelo de afiliación y el tratamiento que se le estaban dando a sus aportes; además la información que echa de menos en el escrito de demanda se encuentra establecida en la Ley 100 de 1993, la cual es de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento, que se encuentra vigente por más de dos décadas, y que no debe ser desconocida por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ella, dada su calidad de abogada. Indica que a la convocante sí le fue entregada información respecto de su traslado, y si bien afirmó que a la época de tal acto se le refirió que el ISS sería liquidado, lo cierto es que ello no ocurrió, y pese a ello, prefirió permanecer en el RAIS, sin generar ningún retorno a la entidad administradora del RPM. Manifiesta que a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, no es posible destinar recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes al pago de las pensiones, por manera que en virtud del inciso 4° del artículo 365 del CGP, no resulta procedente imponer ninguna condena en costas en contra de la entidad; sumando a ello que la mayoría de procesos ejecutivos surtidos en la jurisdicción ordinaria laboral, se sustentan en el cobro de costas procesales, lo cual genera congestión judicial.

A su turno, 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 precedente de la Corte Suprema de Justicia no se puede aplicar de manera objetiva, dado que se deben analizar las circunstancias de caso concreto, debiéndose tener en cuenta las calidades profesionales de la actora, quien ocultó información al manifestar que no conocía las leyes de seguridad social, pese a que tiene la condición de abogada. Refiere que la convocante fue negligente e imprudente, en tanto nunca solicitó asesoría o aclaración, a más que la AFP le brindó una información oportuna, sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del RAIS y condiciones pensionales, lo cual emana del formulario de afiliación por ella suscrito. Indica que en el caso analizado concurren las condiciones previstas en los artículos 1752 y siguientes del Código Civil, relativas al saneamiento y ratificación tácita de cualquier vicio en el consentimiento, como quiera que la señora Quitian realizó aportes de manera personal y voluntaria. Aduce que no se puede exigir a la AFP aportar documentos que a la fecha de traslado no eran exigibles



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

legalmente, como las simulaciones pensionales, máxime que a tal data la convocante solo contaba con 6 semanas de cotizaciones al ISS, y ella no realizó ninguna solicitud de corrección de su historia laboral, que permitiera vislumbrar su real situación pensional. Agrega que en todo caso, la obligación de realizar proyecciones solo surge hasta la Ley 1748 de 2014, amén que a la data del traslado lo único que se requería era el formulario de afiliación, de conformidad con la Circular N° 19 emanada de la Superintendencia Financiera, entidad esta en la que la demandante trabaja, motivo por el cual no puede aducir el desconocimiento de la normatividad que tal ente desarrolla. Indica que no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración, en tanto que conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina un 3% de las cotizaciones para financiar tales gastos, sumando a ello que conforme a concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, el 17 de enero de 2020, las únicas sumas a retornar en los casos de ineficacias de traslado corresponden a los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, más no la prima de seguros previsional, dado que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Añade que la devolución de tales dineros, adicionalmente, genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al no existir norma que la disponga y por cuanto el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establece claramente los dineros a trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, máxime que los gastos de administración no están llamados a financiar las prestaciones del afiliado, y por ende no le pertenecen, siendo procedente que sobre ellos se declare la excepción de prescripción.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 al descorrer el traslado otorgado, indica que el A-quo de manera lógica declaró la ineficacia del traslado realizado a Porvenir S.A. el 18 de diciembre de 2003, por falta de asesoramiento, falta de un consentimiento informado, por vulneración de la ley para el momento de la afiliación de la actora. Aduce que Porvenir S.A., no cumplió con la carga de la prueba de acreditar la correcta y cumplida asesoría brindada al afiliado cuando solicitó el traslado del régimen, que correspondía a esa entidad, y no a la demandante de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Igual no obra en el plenario, prueba que acreditara que se le hubiera informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos acerca de sus desventajas, toda vez que, que el único elemento aportado al plenario fue el formulario de afiliación, que tiene forma pre impresa y con el que no es posible determinar, cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento le debió haber dado el asesor a la convocante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 86 a 88 del paginario.

PROBLEMA JURIDICO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 MARTHA MARÍA QUITIAN 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 del documento de identificación de la demandante (fl. 53); certificación de información básica de la demandante expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 54 a 55); formulario de afiliación a Colpensiones y su respuesta (fls. 56 a 57); historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 58 a 59); historia laboral oficial para bono pensional (fls. 60 y 159 a 160); extractos expedidos por la AFP Porvenir (fls. 62 a 72); historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fls. 73 a 85, 152 a 158 y 161 a 164); derechos de petición elevados ante las demandadas y respuesta emitida por Colpensiones (fls. 86 a 92); certificación estado de afiliación emanado de la AFP Porvenir (fl. 149), formulario de afiliación ante la AFP Porvenir (fls. 150); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 151); comunicados de prensa (fls. 165 a 166); expediente administrativo (medio magnetofónico folio 167) e interrogatorio de parte de la demandante (Cd. a folio 194).



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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 conjugué un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el 23 de agosto de 1989, entidad a la cual efectuó cotizaciones hasta el 4 de junio de 1992, tal como se advierte de la historia laboral que milita a folio 58 del diligenciamiento, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 18 de diciembre de 2007 (fl. 150), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación visible a folio 149 del expediente; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Previo a desatar la *litis*, conveniente resulta aclarar que si bien en el presente asunto se advierte que la última cotización de la demandante en el RPM con prestación definida lo fue el 4 de junio de 1992, y por ende, no presentó aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, ello no implica la pérdida de la calidad de afiliada al mismo, la cual adquirió desde el 23 de agosto de 1989, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., un traslado.

Lo anterior teniendo en cuenta que, si bien de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “*deberán*” seleccionar uno de los dos regímenes pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al Sistema General de Pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo Sistema General de Pensiones requirieran vincularse a este debían escoger entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto en su artículo 4° previó que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *«los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, **o continuar vinculados a éste si ya lo están**»*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el *sub examine*, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliada a dicha entidad, se *itera*, desde el 23 de agosto de 1989, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los siguientes términos:

*«La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**»* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*«Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**»*
(Negrilla fuera del texto)

De lo referido en precedencia, de manera diáfana se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1º de abril de 1994 no implica que el afiliado al RPM pierda tal calidad a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el *sub examine*, venía afiliada al ISS desde el 23 de agosto de 1989, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 18 de diciembre de 2007 a la AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*«Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.**»*

(..)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida».

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta la oportunidad para rectificar el criterio y asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 vengán afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

TEORIA DEL CASO

Precisando lo anterior, y en aras de resolver lo que corresponde a la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS deprecado en el *libelo genitor*, conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 150).

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 se trasladó al RAIS en el mismo momento en que fue contratada por la Caja Agraria en Liquidación, acotando que el asesor de la AFP Porvenir«(..) solamente me pidió los datos, lo que me decía era que el Seguro Social se iba a terminar, que entonces mis aportes podían estar en peligro, que podían perderse y quedarme sin mis aportes para pensión, él fue lo único que me informó, no me informó absolutamente nada más (..)mi inconformidad es que fui engañada al momento de que se hizo el traslado en el año 2003 en el entendido de que no se realizó una asesoría adecuada, clara, precisa, respecto a cómo iba a ser el tema de mi pensión, no hubo esa asesoría. Entonces, esa es mi inconformidad. El formulario igual se firmó, pero pues a mí no me dieron ninguna asesoría (..) si bien es cierto soy abogada, lo cierto es que no soy experta en materia laboral. Igualmente, en la entidad donde laboro no tengo digamos no tengo el conocimiento, no trabajo pues en el área correspondiente al tema de pensiones, al tema de seguridad social ni mucho menos derecho laboral, pues como le digo trabajo en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales [de la Superintendencia Financiera de Colombia] que nada tiene que ver con temas de pensión ni de derecho laboral.» (Cd. a folio 194).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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 la afiliada 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.

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 corren a cargo de las apelantes, 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 20 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA MARIA QUITIAN** 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

(Salva voto)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

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

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

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MIGUEL MALDONADO JARA** CONTRA **MEDIMÁS EPS 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 (30) días del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **MIGUEL MALDONADO JARA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada ejecutado entre el 24 de noviembre de 2015 y el 7 de septiembre de 2017, el cual fue terminado por causa inexistente; como consecuencia de lo anterior, se condene a la indemnización por despido sin justa causa, perjuicios morales en cuantía de 30 SMLMV, daño por violación a los derechos legal y constitucionalmente protegidos, junto con la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso².

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 156 a 158 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que, el 24 de noviembre de 2015 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa IAC Gestión Administrativa, para desempeñar el cargo de médico auditor, cuyos servicios fueron prestados a favor de Cafesalud EPS; que el 31 de julio de 2016 IAC Gestión Administrativa le solicitó renunciar a su cargo, con el fin que fuera contratado directamente por Cafesalud EPS y en razón al proceso de liquidación de su empleadora; que el 1° de agosto de 2016 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Cafesalud EPS, para desempeñar el cargo de Profesional Auditor Médico Autorizaciones POS, cuyas condiciones de empleo fueron las mismas a las establecidas por IAC Gestión Administrativa, en cuanto a lugar de trabajo, horario, funciones asignadas y jefe inmediato. Agrega que, mediante oficio del 27 de julio de 2017, el presidente de Cafesalud EPS S.A. le informó que a partir del 1° de agosto de símil año Medimás EPS sería su nuevo empleador, en virtud de la figura de sustitución patronal. Refiere que el 7 de septiembre de 2017, la persona encargada del proceso de autorizaciones, la Dra.

² Folios .



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Amelia Mercedes Cortés Morcillo, citó a los Profesionales Auditores Médico Autorizaciones, quienes fueron reunidos con el área jurídica y la vicepresidente de la encartada, con el fin de informales que los abogados les brindarían apoyo para agilizar el trámite de autorizaciones de tutela; que en dicha reunión, de la cual fue partícipe, de manera respetuosa puso de presente que existía una dificultad en el trámite y a su vez preguntó si a los abogados se les brindó la información necesaria sobre el manejo del Software implementado para el efecto; que el 7 de septiembre de 2017, le fue entregada la carta de terminación del contrato de trabajo aduciendo justa causa. Resalta que el Reglamento Interno de Trabajo de la encartada establece en el capítulo XXII el proceso disciplinario laboral, la escala de falta de sanciones disciplinarias y su artículo 92 consagra las consecuencias de no agotar tal trámite. Que en al dar por terminado el contrato de trabajo, la demandada no dio aplicación a dicho proceso disciplinario. Menciona que su último salario ascendió a la suma de \$4.651.700 y que el finiquito sustentando en hechos y conductas inexistentes, le ha causado múltiples perjuicios morales, al igual que la afectación de sus derechos a la dignidad humana, el buen nombre, la honra, el trabajo, el debido proceso y la irrenunciabilidad a sus derechos mínimos.

CONTESTACIÓN: La demandada **MEDIMÁS EPS S.A.S.** manifestó su oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que nunca contrató al demandante ni se benefició de sus servicios por el período comprendido entre el 24 de noviembre de 2015 y el 2 de agosto de 2017, interregno para el cual el actor se vinculó con personas jurídicas diferentes. Agrega que en virtud de una cesión de contrato, desde el 1° de agosto de 2017, inició la relación laboral con el convocante, la cual fue terminada con justa causa, dado que en reunión del 7 de septiembre de 2017, para mitigar la acumulación de más de \$4.700 autorizaciones represadas, el accionante presentó un comportamiento irrespetuoso y grosero contra los directivos de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

empresa y frente a los demás compañeros, que incluso impidió culminar la presentación de los lineamientos del plan de acción, lo cual constituyó una conducta grave que motivó el finiquito, acotando que la carta de despido le fue entregada al actor, la cual tuvo la oportunidad de leer. Aduce que el despido no se considera una sanción disciplinaria, tal y como lo ha referido de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual no era necesario agotar previamente ningún proceso disciplinario. Concluye manifestando que en el *examine* no se dan los presupuestos previstos en los artículos 22, 23, 24, 34 y 35 del CST, ni aquellos consagrados en el Decreto Reglamentario 1072 de 2015, para imputarle alguna responsabilidad solidaria. **Excepciones:** Propuso como medio exceptivo previo el titulado no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios y como excepciones de fondo las denominadas falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, ausencia de causa real y lícita y declaratoria de otras excepciones (fls. 203 a 219).

A su turno, la vinculada en calidad de *litis consorcio* necesario, **CAFESALUD EPS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que, con el actor existió un contrato de trabajo desde el 1° de agosto de 2016 hasta el 31 de julio de 2017, fecha esta última en la cual se realizó cesión con la demandada Medimás. Añade que entre el 24 de noviembre de 2015 al 31 de julio de 2016, y entre el 1° de agosto y el 7 de septiembre de 2017, el demandante no ostentó puesto de trabajo en Cafesalud, no cumplió horario de trabajo, no fue dotado con herramientas de trabajo, tampoco recibió órdenes ni instrucciones respecto de la forma, el cómo, el dónde y el cuándo ha debido prestar sus servicios; sumando a ello que, sus labores nunca fueron reportadas a personal alguno de Cafesalud, nunca recibió llamados de atención, ni recibió remuneración alguna de parte de esta. Advierte que no ha sido beneficiaria directa o indirecta de las labores realizadas por el demandante, durante los últimos períodos anotados,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de suerte que no podría ni siquiera ostentar la calidad de deudora solidaria frente a los reclamados del extremo activo. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad, mala fe y buena fe (fls. 395 a 406).

Por su parte, la vinculada en calidad de *litis consorcio* necesario **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a las pretensiones formuladas por el actor, aduciendo en síntesis que, el señor Maldonado prestó sus servicios de manera directa a la institución desde el 24 de noviembre de 2015 hasta el 31 de julio de 2016, fecha esta en la cual presentó renuncia al cargo de Auditor Médico, que desarrolló por contrato en mandato para Cafesalud, en la ciudad de Bogotá. Advierte que, sobre el período en mención, obra reclamación del convocante, cuyo valor reconocido asciende a la suma de \$3.752.000, respecto del que se realizó pago del 5%, esto es, de \$187.600. Por último, precisa que el contrato celebrado con el convocante nunca fue cedido a Cafesalud, dado que este terminó por renuncia voluntaria del accionante. Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad, mala fe y buena fe (fls. 435 a 441 y 426 a 492).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 20 de abril de 2021, resolvió **declarar** no probada la tacha sobre la imparcialidad del testimonio de Juan Muñoz; **declarar** que entre el demandante y **MEDIMÁS EPS S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de agosto de 2016 y el 7 de septiembre de 2017, teniendo como último salario la suma de \$4.651.700, el cual terminó sin justa causa; **condenar** a la convocada **MEDIMÁS EPS**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S.A.S. a pagar a favor del demandante por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$4.969.566,16, debidamente indexada desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de pago efectivo; **declarar** probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por Medimás EPS S.A.S. frente a la pretensión de pago de perjuicios morales, así como parcialmente probada frente a la inexistencia del contrato de trabajo con el demandante desde el 24 de noviembre de 2015 hasta el 31 de julio de 2016, y por tanto se absuelve de estas pretensiones; **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la Institución Auxiliar de Cooperativismo Gestión Administrativa Liquidada y se le absuelve de las pretensiones formuladas; **absolver** a Cafesalud EPS por no existir pretensiones ni solidaridad en su contra, y **condenar** en costas a Medimás EPS S.A.S. (Cd. a folio 498).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, de conformidad con los medios de convicción recaudados en el proceso, no se advierte que la relación laboral alegada con Medimás EPS existiera desde el 24 de noviembre de 2015, dado que en esa data el actor celebró contrato de trabajo con la vinculada Institución Auxiliar de Cooperativismo Gestión administrativa en Liquidación, en cuya vigencia, que se extendió hasta el 31 de julio de 2016, no se acredita prestación de los servicios del actor a favor de Cafesalud de manera exclusiva, lo cual no emana por la simple existencia de una situación de control entre dicha empresa y Saludcoop. Refiere que en todo caso se encuentra demostrado que el demandante celebró contrato de trabajo con Cafesalud el 1º de agosto de 2016, respecto del cual operó la figura de la sustitución patronal el 1º de septiembre de 2017, como así lo aceptó Medimás en su contestación de la demanda, amén que dicha entidad asumió la labor de aseguramiento en salud de los afiliados de Cafesalud EPS y el contrato de trabajo existente con esta no fue liquidado cuando tal sustitución tuvo lugar, siendo claro que entre Medimás y el convocante existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de agosto de 2016 hasta el 7 de septiembre de 2017, período que además fue reconocido por la convocada en mención en la liquidación final de prestaciones sociales. Sobre el despido del demandante, refiere que en la carta de terminación se hizo referencia a un comportamiento inadecuado de este en la reunión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 7 de septiembre de 2017, sobre lo cual si bien existe aceptación del convocante en cuanto a su asistencia a la misma y a una intervención que realizó, lo cierto es que tanto él como el testigo Juan Muñoz indicaron que de manera alguna su comportamiento fue grosero y soez, además, que la testigo Amelia Mercedes Cortés Morillo, refirió que no recuerda caras ni nombres de los empleados que presentaron tal comportamiento, pese a que en correo electrónico había relacionado al aquí demandante; por tanto advirtió que no se encuentran probados los hechos referidos como motivos de terminación del vínculo laboral, ni siquiera lo referente a la falta de cumplimiento de las metas que le fueron impuestas según el estudio de productividad, puesto que ello no deviene de ningún medio de convicción, echándose de menos el citado análisis. A lo anterior sumó que, si bien el despido no es una sanción disciplinaria, y por ello no debe agotarse ningún procedimiento, a menos que la Convención o el Reglamento así lo dispongan, lo cual no ocurre en el *examine*, lo cierto es que en reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia, indicó que el trabajador sí debe ser escuchado como garantía a su derecho de defensa, lo cual tampoco se verificó en el presente caso. Concluyendo que el despido del trabajador lo fue sin justa causa, por manera que es procedente el reconocimiento de la correspondiente indemnización, cuya liquidación debe incluir el tiempo de prestación de servicios a favor de Cafesalud, por virtud de la figura de la sustitución patronal. Finalmente, afirma que no se encuentra probada afectación de la órbita afectiva del demandante, por manera que no hay lugar a reconocer los perjuicios morales reclamados.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte demandada MEDIMÁS EPS S.A.S. interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo como motivos de disidencia que, contrario a lo concluido por el Juzgado de Conocimiento, se encuentran demostrados los hechos aducidos en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que la testigo Amelia Mercedes Cortés fue clara en señalar las irregularidades acaecidas en la reunión del 7 de septiembre de 2017, por parte del demandante, lo cual es afín a lo referido en la citada misiva, en tanto la declarante señaló que ese día se presentaron comportamientos groseros, como zapateos y escándalos que no permitieron realizar la reunión. Precisa que, si bien a la testigo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

le resultó complicado referenciar nombres y reconocer rostros, ello se debe a que han transcurrido 4 años desde la fecha en que ocurrieron los hechos, lo cual en todo caso se encuentra suplido por la prueba obrante en el expediente, y que se relaciona con el correo que la misma señora Amelia Mercedes Cortés remitió, reportando que el convocante se encontraba implicado en tales hechos. Agrega que aun cuando el otro testigo refiere que el extremo activo no presentó ningún comportamiento irrespetuoso, ello resulta totalmente contradictorio con lo reseñado por la señora Amelia Mercedes, a quien no debió restársele validez, por existir otros medios de prueba que soportan su dicho. Concluyendo que son suficientes las motivaciones dadas en la carta de despido, máxime que Medimás EPS se encontraba atravesando ciertas contingencias en cuanto al proceso de autorizaciones y la reunión en referencia, revestía vital importancia, en tanto a través de ella se perseguía resolver esas problemáticas que fueron heredadas de Cafesalud EPS.

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 describió el traslado otorgado indicando que, de los testimonios e interrogatorios practicados, no se evidencia la comisión de las conductas que le atribuyó la demandada en la carta de despido, por manera que conforme a los artículos 64 del CST y 167 del CGP la demandada no probó los hechos ni la gravedad de las conducta que originaron el despido que se debate el *sub judice*. Igualmente, aduce que no se satisfizo el debido proceso, pues no tuvo la oportunidad de ser escuchado ante los hechos o malestares que pudiera presentar el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

empleador. Concluyendo que debe confirmarse el fallo opugnado, ante la ausencia de comisión de las conductas, la violación manifiesta al debido proceso, contradicción y defensa y la existencia del precedente horizontal de esta Corporación en el proceso 110013105-037-2018-00334-01.

Parte demandada: Este extremo procesal manifiesta que el despido no tiene la connotación de sanción disciplinaria, sino que es una potestad legal en cabeza del empleador, quien por ello no tiene obligación de surtir previamente un procedimiento disciplinario para su formalización, bastando con que se tenga plenamente probada la causa que sustenta el finiquito, a menos que así se haya estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo. Resalta que el demandante era parte del grupo de personas que realizaron graves actuaciones que generaron el despido con justa causa, lo cual se encuentra claramente demostrado mediante diferentes medios probatorios, como lo es, el correo electrónico enviado por parte de la señora AMELIA MERCEDES CORTES MORCILLO de 7 de septiembre de 2017, en donde informa a la vicepresidencia jurídica y al área de recursos humanos de manera específica que el señor Miguel Maldonado realizó las conductas que constituyeron justa causa de despido, correo electrónico que nunca fue controvertido dentro del proceso, por lo cual, tiene plena validez. Finaliza indicando que, las graves conductas del demandante constituyen justa causa de despido, porque en la reunión aludida, se estaba presentado un plan de acción para mitigar la acumulación de más de 4.700 autorizaciones represadas, la cual no pudo ser terminada dada la conducta del convocante, en tanto el área jurídica debió retirarse del lugar.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada formulado por MEDIMÁS EPS, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la demandada terminó el nexo contractual que sostenía con MIGUEL MALDONADO JARA, de manera unilateral y con justa causa, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la convocada Medimás EPS S.A.S., pues fue así declarado por el Juzgado de primer grado; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los apremios de los artículos 60 y 61 del CPT; en especial, copia de certificado de ingresos y retenciones del actor (fl. 23); certificaciones laborales (fls. 24, 25, 154, 235, 407 y 445), carta de renuncia y aceptación (fl. 26 a 27); comunicación de sustitución patronal (f. 28); correos electrónicos y sus anexos (fls. 29 a 38 y 231 a 232); Reglamento Interno de Trabajo Cafesalud EPS (fls. 39 a 121); Reglamento Interno de Trabajo Medimás EPS (fls. 122 a 139 y 240 a 274); carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 140 a 148 y 221 a 229); comprobantes de nómina (fls. 149 a 153); liquidación del contrato de trabajo (fls. 155 y 233); orden examen médico de egreso (fl. 220); acta de entrega de puesto de trabajo (fl. 234); certificación de pagos al Sistema de Seguridad Social Integral (fls. 236 a 237); certificado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cesación laboral (fl. 238); paz y salvo (fl. 239); Resoluciones 00006 del 11 de diciembre de 2015 y 00001 del 25 de noviembre de 2015 (fls. 275 a 286); Comunicados Cafesalud EPS (fls. 287 a 292); solicitud elevada por el actor ante IAC Gestión ADM (fls. 442 a 444 y 446 a 455); constancia transferencia bancaria (fl. 456); interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el representante legal de Medimás EPS S.A.S., y testimoniales de los señores Amelia Mercedes Cortés Morcillo y Juan Muñoz Arias (Cd. a folio 498); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que MIGUEL MALDONADO JARA laboró al servicio de MEDIMÁS EPS desde el 1° de agosto de 2016³, bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido, por virtud de la sustitución patronal que operó desde el 1° de agosto de 2017⁴, devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma básica final de \$4.651.700; vínculo que feneció a partir del 7 de septiembre de 2017, cuando desarrollaba el cargo de PROFESIONAL AUDITOR MÉDICO AUTORIZACIONES POS (fl. 235), supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Preliminarmente, necesario se torna indicar que, bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y parágrafo del art. 62 del CST.

Así, conforme a la carta de despido calendada 7 de septiembre de 2017, obrante a folios 221 a 229 del diligenciamiento, la terminación del vínculo

³ Folio 235.

⁴ Folio 28



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

« (...) El día 7 de septiembre de 2017, mediante correo electrónico remitido por la Gerencia de Autorizaciones Encargada, se reportó un incidente acaecido el mismo día en el piso 17 en el área de autorizaciones, en horas de la mañana en una reunión sostenida con la Vicepresidenta Jurídica, el Representante de defensa judicial, la Directora de Tutelas, el Profesional senior de esa vicepresidencia y la Gerencia Encargada de Autorizaciones, en la cual se estaba tratando el tema de la contingencia que se realizará con miras a evacuar 4.700 solicitudes represadas del área y el apoyo que se suministraría desde el área de Jurídica para dar solución de manera prioritaria a las autorizaciones de tutelas, y para detectar las falencias del volumen de anulaciones que se presentan y realizar en conjunto acciones de mejoras, Momento en el cual tanto usted como otros tres compañeros de manera irrespetuosa, altanera y déspota refutan y entorpecen los lineamientos que se estaban dando, no dejaban aclarar situaciones, zapateando no aceptando las instrucciones dadas manifestando que ellos no requerían de abogados para hacer sus funciones, torpedeando la reunión a tal punto que las personas del área jurídica tuvieron que retirarse.

(...)

Lo anterior también esta acompasado de un análisis de productividad que se ha hecho en el que se tomó como base la productividad establecida a diario, que son 65 solicitudes de las cuales se pudo establecer que los colaboradores del área entre ellos incluido usted, no están cumpliendo y que en un gran número son anuladas, situación que genera el reclamo del usuario, con posterior acción de tutela y posible desacato con sanción a la empresa, de allí que se pensó en trabajador de la mano con el equipo jurídico para no tener este tipo de reprocesos (anulaciones) y riesgos laborales que a hoy ya afectan con órdenes de arresto al Presidente a la Vicepresidenta Jurídica y al Representante de defensa (sic) judicial en un número importante.

(...)

Su conducta gravemente indisciplinada, irrespetuosa y agresiva hacia sus superiores jerárquicos y en el desarrollo de sus relaciones laborales, resulta inaceptable puesto que tal comportamiento constituye un incumplimiento grave a las obligaciones emanadas del contrato laboral que tiene suscrito con la compañía, como quiera que las relaciones interpersonales que se generen como consecuencia del vínculo laboral deben ser respetuosas y dentro del marco de la cordialidad, situación que no se evidenció con su comportamiento agresivo e irrespetuoso, siendo más grave aún el que se haya presentado hacia superiores jerárquicos y con desconocimiento de las instrucciones y lineamientos dados con miras a evacuar una contingencia del área generada por una no correcta gestión de las solicitudes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(..)

Indefectiblemente la infracción bajo estudio constituye una falta grave a las obligaciones del trabajador y causal justa de terminación del contrato de trabajo en los términos de los numerales 2 y 6 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 (..).

En consecuencia la empresa

RESUELVE

TERMINAR SU CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA a partir del día 7 de Septiembre de 2.017.

(..).

Planteadas las cosas, es a la demandada a quien le incumbe acreditar que la terminación del vínculo laboral con la parte activa lo fue con justa causa, so pena de devenir en injusto con las consecuencias jurídicas que esto trae.

Suma indicar que de vieja data ha advertido la H. Corte Suprema de Justicia, que lo imperativo en el documento de terminación de la relación laboral es establecer los supuestos de orden fáctico que rodearon el actuar del ex trabajador, para entonces concretar las causales en los que estuvo inmerso, manifestación vista en la sentencia SL 16214 de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexa, evidente emana concluir que MEDIMÁS EPS S.A.S. fundó su decisión en los numerales 2º y 6º literal a) del artículo 62 del CST, normas que en su literalidad enseñan:

«ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*

(..)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

(..).

Referente a la prescripción normativa establecida en el numeral 6° *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, como lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Bajo tal égida, se advierte que, en el artículo 58 del CST se establecen como obligaciones especiales del trabajador:

«1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

(..)

4a. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros. (Subraya fuera de texto).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Igualmente, se constata que en el Reglamento Interno de Trabajo de Medimás EPS se establecen como deberes generales de los trabajadores «B. Respeto y subordinación a los superiores» y «D. Procurar completa armonía con los superiores y compañeros de trabajo, en las relaciones personales y en la ejecución de las laborales». Asimismo, tal compendio normativo establece en su artículo 82 que son obligaciones especiales del trabajador «8. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros» y «32. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido». Finalmente, el artículo 84 *ejusdem* consagra como prohibición a los trabajadores «31. Amenazar o agredir verbalmente a sus compañeros de trabajo o superiores».

De manera que, procede la Sala de Decisión a analizar las pruebas aportadas al plenario en los términos de los artículos 60 y 61 del CPT y la SS, a fin de determinar la ocurrencia o no de los supuestos de facto que enmarcan lo dispuesto en la ley y en el Reglamento Interno de Trabajo, en aras de corroborar si el demandante incurrió en las conductas que le fueron achacadas en la carta de despido.

Al punto, necesario torna remitirse a las manifestaciones esbozadas por la testigo Amelia Mercedes Cortés Morcillo, referida expresamente en el recurso de apelación, y quien para la época del despido del actor ostentaba el cargo de Directora de Referencia y Contra Referencia de Medimás EPS; misma que sobre los hechos ocurridos el 7 de septiembre de 2017, refirió que en efecto ese día se llevó a cabo una reunión en la que fue partícipe el demandante, la cual se programó para exponer un plan de contingencia que se requería a fin de desatar una autorizaciones pendientes que venían represadas de Cafesalud y que eran alrededor de 18.000. Precisa que el retraso en el proceso de autorizaciones se debía a que no se hicieron las migraciones correspondientes cuando comenzó a operar Medimás; ello por directiva



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expresa de los altos mandos, por manera que todo el trámite de autorizaciones debía comenzar de cero. Agrega que el plan de contingencia implicaba la propuesta de laborar unas horas extras con el apoyo de los abogados del área jurídica, para ponerse al día, sin embargo, se presentó un altercado porque algunos funcionarios reaccionaron de manera grosera ante la Vicepresidencia Jurídica, e incluso hicieron gestos de zapateo; sin embargo, refiere que no recuerda exactamente si el actor fue una de las personas que asumió ese comportamiento.

De otro lado, obra correo electrónico remitido por la citada testigo con destino a la directora de Relaciones Laborales y SST de Medimás, datado 7 de septiembre de 2017 (fls. 231 a 232), en el cual puso de presente la situación ocurrida en la reunión programada en la fecha en mención, para lo cual indicó que:

«En la mañana del día de hoy jueves 7 de septiembre de 2017 alas (sic) 8 y 30 AM se realiza reunión con el area (sic) Juridica (sic) y los médicos que realizan proceso MIPRES-TUTELA de la EPS con el fin de informales de la contingencia que se realizará y con el apoyo del area (sic) de Juridica (sic) para dar solución de manera prioritaria a las autorizaciones de tutelas, detectar las falencias del volumen de anulaciones que se presentan y realizar en conjunto acciones de mejoras.

Durante la intervención de la Dra. Aguirre solicitando esta colaboración, de manera irrespetuosa, altanera y déspota los médicos refutan y entorpecen los lineamientos que se estaban dando, no dejaban aclarar situaciones y zapateando no aceptan instrucciones manifestando que ellos no requerían de abogados para hacer sus funciones.

Los funcionarios que presentaron esta actitud fueron:

*JUAN ALONSO MUÑOZ ARIAS
JORGE IVAN CAMARGO HURTADO
SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO
MIGUEL MALDONADO JARA»*

Por el contrario, el testigo Juan Alonso Muñoz Arias, de quien no prosperó la tacha por sospecha formulada en su contra, lo cual además



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no se encuentra discutido en el recurso de alzada, afirmó en condición de compañero de trabajo del actor, que en la reunión del 7 de septiembre del 2017, en la que también estuvo presente, se expusieron unas inquietudes y estrategias para superar las dificultades que se estaban presentando en cuanto al proceso de autorizaciones, las cuales involucraban el apoyo de un grupo de abogados para soportar el manejo de tal proceso. Que el actor realizó una intervención, en la que, de manera respetuosa, únicamente mencionó que era importante que los abogados conocieran los procesos adecuadamente, para que realmente pudieran servir de soporte. Que tanto el testigo como el accionante no fueron llamados con posterioridad a la reunión, para ser escuchados en relación con los hechos acaecidos.

También rindieron declaración el demandante y el representante legal de Medimás, no obstante, sobre sus dichos no se advierte ninguna confesión, ya que el actor indicó que su intervención en la reunión del 7 de septiembre de 2017 se dio dentro del marco del respeto que lo caracteriza, mientras que el representante de Medimás, refirió que la encartada verificó la comisión de la falta endilgada al accionante en la carta de despido, según la versión de los testigos que estuvieron presentes en dicha reunión.

De lo precedente, advierte la Sala que tal y como lo concluyó el Juzgado de primera instancia, en el caso analizado no se encuentran demostrados los hechos que fueron referidos en la carta de despido, como motivos para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, como quiera que el testimonio rendido por la señora Amelia Mercedes Cortés no señala al señor Maldonado Jara como una de las personas que incurrieron en comportamientos irrespetuosos para con sus compañeros y superiores, durante la realización de la reunión programada para el 7 de septiembre de 2017, pues nótese que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ella claramente manifestó que no recuerda si el aquí convocante presentó tal actitud.

A lo anterior, se suma que, si bien en el correo electrónico remitido por la declarante en referencia, ésta señaló expresamente al demandante como uno de los trabajadores que incurrió en conductas irrespetuosas y desobligantes al momento en que se llevó a cabo la reunión, lo cierto es que lo allí manifestado no le aporta certeza a la Sala de Decisión respecto a que el convocante en efecto haya incurrido en la falta que se le endilgó, puesto que la información allí consignada resulta ser muy genérica en cuanto a su comportamiento y no refiere de manera detallada y específica lo que en realidad este manifestó frente a la propuesta que se le presentó para solucionar los problemas de atraso que se venían presentando respecto de los procesos de autorizaciones a su cargo.

Información que se echa de menos por parte de la Colegiatura, dado que la misma resulta de vital importancia a fin de establecer si en efecto la intervención del actor en la reunión del 7 de septiembre de 2017, involucró una actitud irrespetuosa, grosera o soez, que pueda constituirse en un acto grave de indisciplina, falta de respeto o malos tratamientos.

A más que, lo manifestado en el correo electrónico de la testigo Amalia Mercedes Cortés, no encuentra ningún otro soporte probatorio, pues es claro que no fue ratificado por la declarante en su testimonio, y por el contrario, presenta serias contradicciones con lo afirmado por el testigo Juan Alonso Muñoz Arias, de quien se *itera*, no prosperó la tacha por sospecha que se le formuló, decisión que, además, no debe ser revisada por la Sala de Decisión por falta de competencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Con todo, conveniente resulta advertir que ni aun encontrado demostrados los motivos que se adujeron en la carta de terminación del vínculo laboral del demandante, llevarían a la Colegiatura a revocar la decisión proferida en primera instancia en lo que se refiere a la catalogación del despido como injusto, como quiera que la sentenciadora de primer grado también sustentó su fallo en el desconocimiento del derecho de defensa del trabajador, al no existir medio de convicción alguno que demuestre que éste fue escuchado por el dador del laborío, previo a proceder a despedirlo aduciendo justa causa.

Posición que comparte el Tribunal, pues aunque como lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tal motivo no le es exigible al empleador agotar un procedimiento disciplinario para tomar la decisión de finiquitar el vínculo, a menos que así se haya establecido en el Reglamento Interno de Trabajo o la Convención Colectiva de Trabajo; ello no lo exime de requerir de cualquier manera al empleado, para que éste pueda dar las explicaciones que considere pertinentes frente a las faltas que se le imputan, previo a la terminación del contrato de trabajo.

Lo anterior, según así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2351-2020, al señalar que:

«Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) *La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos³.

- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:*

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo⁴, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(..)

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. **Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.**» (Subraya y negrilla fuera de texto)

Conforme al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, diáfano es concluir que previo al finiquito, la parte empleadora debía escuchar al demandante de cualquier manera y sin atender ninguna forma o procedimiento establecido, a fin que este diera su versión de los hechos, presupuesto que no se halla demostrado por ningún medio de convicción arrimado al proceso, motivo por el cual no queda otro camino que ultimar que la terminación del contrato laboral devino en injusto, siendo acertada la decisión del *a quo* de imponer condena a título de indemnización de que trata el artículo 64 del CST, cuyo *quantum* no se revisa por la Sala de Decisión, dado que ello no fue objeto de alzada.

Dimanando en la confirmación del fallo opugnado.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte demandada recurrente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 20 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MIGUEL MALDONADO JARA** contra **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte demandada recurrente.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de MEDIMÁS EPS S.A.S. en la suma de \$600.000.

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

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

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RAFAEL ANTONIO SANABRIA MORENO** 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 (30) días del mes de julio 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: El señor **RAFAEL ANTONIO SANABRIA MORENO** a través de apoderado judicial, persigue que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago del incremento del 14% por su compañera MARIA SOFIA GARAVITO SOSA y del 7% por su menor hija GRETTEL CAROLINA SANABRIA GARAVITO; desde la fecha de reconocimiento pensional, junto con el retroactivo correspondiente, incluyendo las 14 mesadas pensionales al año, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho (folios 7 y 8).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 5 de las diligencias, los cuales en síntesis indican que le fue reconocida pensión de vejez a través de la Resolución GNR 077068 del 26 de abril de 2013, conforme a lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990. Aduce que convive en unión marital de hecho con la señora MARIA SOFIA GARAVITO SOSA desde el 24 de diciembre de 1999, quien depende económicamente de él, al no percibir pensión o renta alguna. Añade que de dicha unión nació la menor GRETTEL CAROLINA SANABRIA GARAVITO, quien a su vez depende económicamente de él. Refiere que el 8 de septiembre de 2017 radicó solicitud de incremento pensional, mismo que fue zanjado desfavorablemente.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que se debe dar aplicación a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-140 de 2019, en la cual declaró la derogatoria orgánica de los incrementos reclamados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto significa que dejaron de producir efectos jurídicos al 1º de abril de 1994, excepto para aquellos afiliados que a la data previamente señalada, hubieren



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

causado su derecho a la pensión de vejez, hecho que no se presenta en este caso toda vez que al demandante, le fue reconocida una pensión de vejez desde el 10 de mayo de 2012, calenda para la cual ya los incrementos, a voces de la Corte Constitucional, habían fenecido.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados buena fe de Colpensiones; falta de causa para pedir; inexistencia de la obligación al reconocimiento del incremento del 14% y 7% señalado en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad; prescripción de los incrementos; legalidad de los actos administrativos demandados; imposibilidad de indemnización por costas judiciales y la innominada o genérica (Cd. a folio 29).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de junio de 2021, resolvió **absolver** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y, **sin condena** en costas (CD a folio 34).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, la H. Corte Constitucional en sentencias T-456 de 2018 y SU 140 de 2016, definió que los incrementos pensionales por personas a cargo, fueron objeto de derogatoria orgánica desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que la parte actora al causar su derecho pensional con posterioridad a dicha norma, no tiene derecho a los mismos; tesis que además, se encuentra avalada en sede tutela por la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo como reparos que *«(...) como bien lo ha señalado usted, hay diversa normatividad jurisprudencial sobre el tema de los incrementos del 14%, pero no estoy de acuerdo con*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el fallo, toda vez que se viola el artículo superior, el artículo 53 de la Constitución Política que es el principio de favorabilidad. No es del caso, o para mí el caso es que el señor RAFAEL ANTONIO SANABRIA se pensionó conforme lo señalado en el Decreto 758 de 1990, y para ese momento se encontraba vigente los incrementos del 14 y el 7% a favor de su hija y de su esposa.

De igual manera, señor juez, si bien es cierto los testigos no fueron amplios en la narración de los hechos en cuanto a la dependencia y en cuanto a la convivencia de cónyuge del demandante y su compañera, lo que sí es cierto es que los documentos que presenté como base de la demanda, las copias de las cédulas, las declaraciones extrajuicio, las copias de los carné, en general la información que se anexó, no fueron en ningún momento tachados de falsos, entonces de ahí la razón en la que me baso para insistir que conforme a derecho, le sea reconocido el incremento del 14% a favor de la esposa del demandante y del 7% a favor de la hija».

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 **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, recorrió el traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que indicó que la decisión proferida en primera instancia se encuentra acorde con la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-456 del 2018 y la Sentencia SU-140 del 2019, decisión esta última en la cual se resolvió reconocer la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales, excepto para aquellos afiliados que hubieren causado su derecho pensional al 1º de abril de 1994, data para la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Agrega que al analizar el caso en concreto se tiene que COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 077068 del 26 de abril del 2013 reconoció en favor del demandante, señor RAFAEL ANTONIO SANABRIA MORENO, una pensión de vejez en aplicación del régimen de transición al cumplir con los requisitos dispuestos en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad; data para la cual, a voces de la Corte Constitucional, ya habían fenecido los incrementos que hoy se reclaman y por lo tanto no resultaría procedente efectuar reconocimiento alguno por tal concepto. Concluye manifestando que en todo caso, los incrementos reclamados se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

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 la solicitud radicada el 8 de septiembre de 2017, militante a folio 26.

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 el demandante, 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 conceder los incrementos pensionales del 14% y 7% por cónyuge e hija a cargo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INCREMENTOS PENSIONALES DEL 14% Y 7% POR PERSONAS A CARGO

A fin de resolver el problema jurídico planteado, es del caso recordar que el riesgo de vejez de los trabajadores en Colombia comenzó mediante la Ley 6 de 1945, el Decreto No. 2147 de 1946, la Ley 90 de esa anualidad, el Decreto No. 2663 y No. 3743 de 1950, adoptado mediante la Ley 141 de 1961, en forma provisional y transitoria por los empleadores mientras el Instituto de los Seguros Sociales lo asumía (art. 259 y 260 del CST).

Dentro de esta evolución y mediante el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de esa anualidad, se reglamentó el régimen de vejez de manera precaria y solamente para el personal vinculado a la entidad administradora de pensiones, estableciendo el legislador un incentivo sobre el monto de la pensión, bajo el concepto de lo que se entiende por familia en su mínima expresión, ello es, cónyuge o compañera permanente e hijos menores de 16 años o de 18 años que se encuentren estudiando, sin que pueda exceder este incentivo del 42% sobre el monto de la pensión de vejez, incremento en la mesada del pensionado que, en igual sentido, fue estatuido por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, ello es, todo antes de la Ley 100.

Sancionada la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, el citado incentivo familiar por personas a cargo, no se reguló en ninguno de los sistemas, y solo en desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y por el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se mantuvo para los pensionados bajo los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, como de manera reiterada lo señaló la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia con radicación No. 29751 del 5 de diciembre de 2007,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Magistrado Ponente Dr. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, con fundamento a los principios de la buena fe y expectativas legítimas, posición que venía asumiendo el Magistrado Sustanciador, acatando para el efecto el precedente que de vieja data había sentado la mentada Corporación.

Empero, se constata que en la sentencia SL2061-2021, Magistrado Ponente LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resolvió adoptar la posición sentada por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, en la cual se consideró que el incremento pensional por personas a cargo que preveía el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Así, indicó la Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso puesto a su consideración:

«En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.» (Subraya fuera de texto).

Bajo ese entendido, el Magistrado Sustanciador, en atención a la nueva posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia del 11 de junio de 2021, proferida dentro del proceso 19 2019 0003 promovido por Sixta Helena Naranjo de Molina contra Colpensiones, hizo suyos los argumentos expuestos por la Corporación y procedió a recoger la tesis que venía asumiendo en cuanto a la vigencia de los incrementos por personas a cargo, para en su lugar, aplicar la posición según la cual, tales incrementos desaparecieron de la vida jurídica una vez cobró vigor la Ley 100 de 1993, excepto para aquellos pensionados que consolidaron su derecho pensional antes del 1° de abril de 1994, en amparo de sus derechos adquiridos, tesis que además, viene siendo acogida desde tiempo anterior por lo demás integrantes de la Sala de Decisión.

En lo que se refiere al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política que refiere la parte recurrente, ha de indicar la Sala que en la misma sentencia SU 140 de 2019, la Corte Constitucional expresó que la duda que presupone tal principio debe ser una que revista un carácter de seriedad y objetividad, que a su vez dependen de la razonabilidad de las interpretaciones y que surgen en un contexto normativo, de manera que en el caso analizado no hay lugar a examinar la aplicación de tal principio, dado que no se suscita una duda en cuanto a la aplicación de los incrementos por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

personas a cargo, los cuales por virtud de su derogatoria a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, solo tienen alcance en relación con situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad, tesis que además obedece a un precedente unificado por la Corte Constitucional que ha a su vez ha sido acogido por nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, el cual resulta vinculante para los jueces de inferior jerarquía.

Bajo tales presupuestos, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que al señor **RAFAEL ANTONIO SANABRIA MORENO** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución GNR 077068 del 26 de abril de 2013, a partir del 10 de mayo de 2012, en cuantía inicial de \$854.536, conforme al Decreto 758 de 1990 y por ser beneficiario del régimen de transición (fls. 11 a 13); en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de los incrementos por cónyuge e hija a cargo, como así lo definió el Juzgado de primera instancia.

Dimanando en la confirmación del fallo aquí estudiado.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia a cargo de la parte demandante recurrente.

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 Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pública virtual celebrada el 21 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAFAEL ANTONIO SANABRIA MORENO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia a cargo de la parte demandante recurrente.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo la parte demandante en la suma de \$300.000.

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

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-