



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

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **TEÓFILO MEDINA VILLALOBOS** a través de apoderado judicial, persigue se condene a la demandada a la reliquidación de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, junto con el reconocimiento y pago del incremento pensional por compañera permanente a cargo, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folios 4 y 5 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 6 de las diligencias, los cuales en síntesis indican que nació el 13 de diciembre de 1952, motivo por el cual es beneficiario del régimen de transición. Que le fue reconocida pensión de vejez a través de la Resolución GNR 087498 del 3 de mayo de 2013; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años y a la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005 había reunido 890,85 semanas. Aduce que convive con la señora ILBA RAMÍREZ desde hace más de 30 años, quien depende en un todo de él, por no devengar salario. Refiere que el 23 de enero de 2019 radicó reclamación administrativa, sin que a la fecha se haya pronunciado la entidad demandada.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que mediante Resolución SUB 104601 del 2 de mayo de 2019, reliquidó la mesada pensional del demandante conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Añade que los incrementos por personas a cargo se encuentran derogados con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993 y lo establecido en la sentencia SU 140 de 2019. **Excepciones:** Propuso como medios



exceptivos los denominados. Cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica; folios 46 a 48.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de julio de 2021, resolvió **absolver** a COLPENSIONES de las pretensiones enunciadas en el escrito de la demanda y **sin costas** en primera instancia (Archivo 6 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que no existe discusión del reconocimiento pensional a la luz del Acuerdo 049 de 1990, conforme a reliquidación efectuada por la entidad convocada, acotando que bajo los apremios de la H. Corte Constitucional, el incremento pensional nunca formó parte integrante de la pensión de vejez o invalidez, y por ende, aquel fue considerado como un derecho de excepción para quienes cumplieran los requisitos para acceder a dichas pensiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En ese orden, adujo que los incrementos pensionales al no ser incorporados en el régimen de transición previsto en la normatividad *ejusdem*, no corresponden a un beneficio que deba ser reconocido al actor, toda vez que este consolidó su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley de seguridad social integral, y en específico, en el año 2012.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que, el *libelo genitor* fue promovido el 28 de marzo de 2019, esto es, antes que se promulgara la sentencia SU-140 de símil año. Agrega que la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional implica el desconocimiento del principio de confianza legítima y del



artículo 53 de la Constitución Política; sumando a ello que, si bien este tipo de decisiones tienen por finalidad unificar criterios, lo cierto es que varios magistrados que integraron la sala de la Alta Corporación, presentaron salvamiento de voto, al considerar que la interpretación dada en el presente caso no se ajusta a la aplicación de la normatividad más favorable para los pensionados, lo cual significa un abierto retroceso en materia de derecho pensionales. Concluyendo que debe revocarse la sentencia de primer grado, para en su lugar acceder al reconocimiento de los incrementos deprecados.

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 23 de enero de 2019, militante a folios 17 a 25 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el



determinar si se cumplen o no los presupuestos para conceder el incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR CÓNYUGE O COMPAÑERO(A) PERMANENTE 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, 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).

[...]

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.»

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 1º 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 menciona 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 depende de la razonabilidad de las interpretaciones y que



surge 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 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 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, y respecto del cual este Colegiado no encuentra motivos serios y razonables para apartarse, debiendo ser aplicado al caso concreto, pese a ser la demanda promovida con anterioridad a dichos pronunciamientos, por cuanto los mismos ya habían sido emanados tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia a la fecha en que se profiere la sentencia que pone fin a la instancia.

Bajo tales presupuestos, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se corrobora que al señor **TEÓFILO MEDINA VILLALOBOS** le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución GNR 087498 del 3 de mayo de 2013, a partir del 1º de mayo de similar año, la cual fue reliquidada en Resolución SUB 104601 del 2 de mayo de 2019, conforme al Decreto 758 de 1990 y por ser beneficiario del régimen de transición (Carpeta denominada “*cd pag 45*” del expediente digital); 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 a cargo, como así lo definió el Juzgado de primera instancia.

Dimanado en la confirmación del fallo aquí estudiado.

COSTAS. En esta segunda instancia sin costas.



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

R E S U E L V E

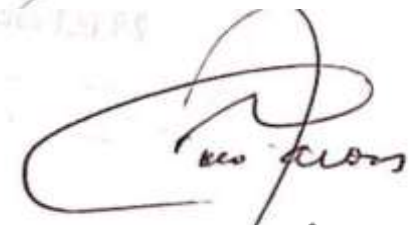
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 23 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **TEÓFILO MEDINA VILLALOBOS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En esta segunda instancia sin costas.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUCILA MARÍA JIMENEZ ORTEGA** contra la **ELSA CENSDALES VANEGAS Y RUBEN HERNANDO RIAÑO SANABRIA** (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 septiembre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora LUCILA MARÍA JIMÉNEZ ORTEGA, solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con ELSA CENDALES y RUBEN HERNANDO RIAÑO SANABRIA, entre el 26 de abril de 2015 hasta el 27 de septiembre de 2015.

Como consecuencia de lo anterior se condene a los demandados a reconocer cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones causados durante el vínculo contractual; al pago de la sanción por no consignación de las cesantías; aportes a seguridad social integral en salud y pensión; a pagar la sanción moratoria por no pago oportuno de las prestaciones; a pagar los aportes a pensión causados durante el vínculo contractual; se ordene indexar las sumas reconocidas; al pago de acreencias conforme a las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 17 a 19 de las diligencias, que en síntesis advierten, que celebró contrato de trabajo a término indefinido con los demandados entre el 26 de abril de 2015 y el 27 de septiembre de 2015; que cumplía un horario de trabajo; que se pactó como salario la suma de \$1.200.000; que no le fue pagado auxilio de transporte; que se desempeñaba en el cargo de oficios varios; que recibía órdenes; que el 27 de septiembre le fue terminado el contrato sin justa causa; el 17 de mayo de 2016 se tenía programada audiencia ante el Ministerio de Trabajo, pero los demandados no comparecieron; que no se le cancelaron las acreencias laborales, vacaciones y aportes a seguridad social causados durante el vínculo contractual.



CONTESTACIÓN: La demandada, **ELSA CENDALES VANEGAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que entre las partes si existió un vínculo laboral, pero este finalizó el 31 de agosto de 2015 y le fueron pagados todos los emolumentos causados a la actora. Como medios **exceptivos**, propuso los de, inexistencia de la obligación; prescripción, pago, compensación, buena fe; la genérica o innominada (fl. 62).

El demandado, **RUBÉN HERNANDO RIAÑO SANABRIA**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que nunca fungió como empleador de la demandante. Como excepciones propuso las de, inexistencia de la obligación; prescripción, pago por un tercero, compensación, buena fe; la genérica o innominada (fl. 75).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 17 de junio de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre Lucila María Jiménez Ortega y Elsa Cendales, entre el 26 de marzo y el 15 de septiembre de 2015, en el que laboraba 3 días a la semana, con pago diario de \$40.000; **declaró** probada la excepción de prescripción respecto a prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones reclamadas; **condenó** a la demandada a pagar la diferencia causada en los aportes pagados al sistema de seguridad social en pensiones, entre el 25 de marzo al 25 de junio de 2015, de acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente; **absolvió** a la demandada Elsa Cendales de las demás pretensiones incoadas; **absolvió** a Rubén Riaño Sanabria de todas las pretensiones; **condenó** en costas a Elsa Cendales.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...con esto se advierte entonces que transcurrió 1 año 6 meses y 13 días entre el auto que admitió la demanda y la notificación presentada personal de los demandados, que al descontar los 104 días que el proceso estuvo en el despacho arrojó en total 1 año 2 meses y 16 días, por lo cual se advierte entonces que operó el fenómeno prescriptivo sobre los derechos reclamados en el presente asunto, a excepción de los aportes al sistema de general de seguridad social en pensiones, pues así lo considera el tribunal de cierre de esta jurisdicción, en la medida en que los mismos ayudan a la consolidación de los derechos pensional, finalmente a lo que refiere al día de descanso remunerado es preciso indicar que el despacho no emitirá pronunciamiento alguno, en la medida que en los hechos de la demanda no se hace referencia a tal situación y a su vez tampoco fue pretendida en el escrito inicial, y en todo caso se tiene que su reclamo estaría afectado de prescripción por lo que no podría ordenarse su pago.

...

Conforme a ello se tiene que el artículo 5 de dicha disposición consagra de que la base mínima mensual de los sistemas de seguridad social será el correspondiente de una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente el cual se denominará cotización mínima semanal; en esa medida se encuentra que para el año de prestación de servicio de la demandante el salario mínimo ascendió a \$644.350 y en tal sentido teniendo en cuenta los días laborados de cada mes, y la suma de los salarios diarios sin la suma del subsidio de transporte se tiene que la empleadora en marzo debió cotizar sobre 7 días, debido a que la trabajadora devengo por concepto de trabajo \$150.132 en abril y junio sobre 21 día ya que la trabajadora recibió por concepto de salario \$412.863 y en mayo sobre 30 días debido a que la remuneración fue de \$487.929, de esta manera al constatar los pagos efectuados en pensiones se verifica que los mismos resultan ser deficitarios ya que no cubren la totalidad de los días que debió Aportar al sistema a pagar las diferencias causadas en los aportes al sistema de seguridad Social en pensiones con destino a la administradora en la que se encuentra actualmente afiliada la demandante en el periodo comprendido del 26 de marzo al 25 de junio 2015, teniendo en cuenta que frente al ciclo de marzo deberá cancelarse sobre 7 días, frente abril y junio sobre 21 día y en cuanto a mayo sobre 30 días, todos ellos teniendo como base el mínimo mensual vigente para el año 2015.”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte **demandante**, a través de apoderado judicial solicita se revoque la sentencia, respecto a la declaratoria de prescripción y consecuencia de ello, absolver a la demandada del reconocimiento de las pretensiones incoadas; también reclama el recurrente que, debieron



reconocerse y ordenarse pagar los descansos dominicales, que, a pesar de no haberse solicitado en la demanda, debieron reconocerse por ser derechos ciertos e indiscutibles.

El apoderado de la **demandada**, considera que, los pagos de los aportes al sistema de seguridad fueron pagados en forma idónea, de acuerdo a las planillas allegadas al cartulario; también considera que, la condena en costas a su representada Elsa Cendales, dado que, es excesiva.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de los **demandados**, solicita se revoque la sentencia, y consecuencia de ello, se absuelva a los demandados de las pretensiones incoadas en su contra, ya que sus representados pagaron los salarios y prestaciones correspondientes a la actora; que los pagos de los aportes a seguridad social para dicha data fueron efectuados conforme a la normativa; que la actora actuó de mala fe, de acuerdo a los indicios vistos en el trámite procesal.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la demandante y los demandados, esta Sala de Decisión



en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², en primer lugar, si era viable declarar probada la excepción de prescripción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso, al haberse notificado la demandada después de un año de su admisión; en segundo lugar se abordará el estudio de la condena impuesta por concepto de aportes a seguridad social en pensiones, a la que fuera condenada la señora Gilma Ortiz de Rodríguez y las costas impuestas contra la enunciada demandada.

PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El apoderado de la parte actora solicita se estudie la excepción de prescripción, al considerar que el actuar de la parte actora, fue diligente y en tal sentido no debió declararse probado el medio exceptivo contenido en el artículo 94 del Código General del Proceso al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del Código Procesal Laboral, para tal efecto, debemos traer a colación lo dispuesto en el artículo 488 del CST, consagra:

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

Así mismo, el artículo 151 del CPL señala:

“...Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un

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



derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual...”

Descendiendo al caso objeto de estudio, debe tenerse en cuenta que, la demandante alegó haber suscrito un contrato de trabajo con la señora Elsa Cendales desde el 26 de abril de 2015 al 27 de septiembre de 2015 y así fue declarado por el juez de conocimiento.

En tal sentido, partiendo de la base que, con la presentación de la demanda, dicho término se interrumpió, empero, para que ello ocurra, ha de analizarse lo dispuesto por el artículo 94 del CGP, el cual dispone:

“Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.” (Resaltado de la Sala)

Norma esta que no es de aplicación automática, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencias 38010 del 2 de julio de 2014 y en la más reciente SL 3693-2017, Radicado No. 56998 del 15 de marzo, ésta última en la que reitera la 10166 del 18 de febrero de 1998, al indicar:

«...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente, por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»

Siendo ello así, se tiene que el auto que admitió la demanda data del 30 de julio de 2018 (fl. 28), el cual se notificó por estado al demandante el 31 del mismo mes y año, luego la demandada tenía hasta el mismo



día y mes del año 2019, para notificar el mismo, a fin que con la presentación de la demanda, se interrumpa el término prescriptivo.

Dicho lo anterior, se observan las siguientes actuaciones procesales con posterioridad a la emisión del auto admisorio de la demanda, así.

El 12 de septiembre de 2018, la parte actora allegó constancia de haber remitido el citatorio a los demandados, sin embargo, el 24 de octubre de 2018, el defensor público presentó su renuncia como abogado de la parte actora (fl. 31 y 32).

De acuerdo a la solicitud presentada, el juzgado de conocimiento ingresó el proceso al despacho y con auto del 19 de noviembre de 2018, resolvió sobre la renuncia al mandato presentada (fl. 33).

El 20 de noviembre de 2018 la parte actora allegó poder conferido a un nuevo profesional del derecho y el A quo el 11 de diciembre de 2018, le reconoce personería al abogado, quien a su turno renuncia a su cargo como Defensor Público el 31 de mayo de 2019 (fl. 34, 35 y 37).

Ante la secretaría del despacho, el 3 de julio de 2019 se solicita el emplazamiento de los demandados, por parte del nuevo apoderado de la parte actora, al considerar que no había quien atendiera la diligencia en el domicilio de los convocados a juicio (fl. 47)

El 28 de noviembre de 2019 el juzgado de conocimiento requirió a la parte actora para que *“tramite la notificación por aviso judicial para cada uno de los demandados a través de una empresa de correos diferente a la designada en una primera oportunidad, lo anterior, teniendo en cuenta que la primera indica que la correspondencia si se recibe en el sitio de*



notificación pero después de las 5:00 p.m., luego es necesario agotar la entrega del comunicado..” (fl. 49).

De acuerdo a lo dispuesto por el juzgado, la parte actora procedió a remitir la citación al demandado y el 5 de febrero de 2020 solicitó el emplazamiento de los demandados (fl. 57).

Pese a la solicitud incoada, los demandados se notifican por intermedio de su apoderado judicial el 13 de febrero de 2020 (fl. 60).

Dicho lo anterior, se observa que el auto admisorio de la demanda fue notificado el 30 de julio de 2018, allegándose la constancia del envío del citatorio el 12 de septiembre de la misma anualidad y tan solo el 7 de marzo de 2019, es remitida la citación por aviso de los demandados y ante la observación realizada por la empresa de mensajería en la respectiva certificación de entrega, es que el A quo, decide requerir al demandante, para que se insista en la remisión de la citación a los extremos litigiosos.

Es así como del recuento procesal realizado, se pueden obtener los siguientes datos;

Folio	Actuación	Fecha de la actuación	Lapso de tiempo entre auto y diligencia	Lapso de tiempo del proceso al Despacho
28	Auto admisorio	31-jul-18		
31	Remisión citación 291 CGP	12-sep-18	43	
32	Renuncia poder	24/10/2018	41	
33	Auto Resuelve solicitud	19/11/2018		4
34	Nuevo Poder parte actora	29/11/2018	10	
35	Auto reconoce personería	11/12/2018	12	1
38	Renuncia poder	4/06/2019	175	
47	Solicitud de emplazamiento	3/07/2019	29	
48	Nuevo Poder parte actora	15/08/2019	43	



49	Auto requiere notificación	28/11/2019		44
57	Certificación de envío de notificación	5/02/2020	69	
60	Notificación personal a demandados	13/02/2020	8	
TOTAL CONTABILIZACIÓN DE TIEMPO			430	49

Conforme a ello, resulta evidente que los demandados se notificaron después de un año de haberse notificado por estado el auto admisorio de la demanda al demandante, ya que descontados los días los días que duró el proceso en el Despacho de los días que estuvo el proceso en secretaría pendiente de realizar las gestiones de notificación a cargo de la parte actora y los días que duró el proceso en el Despacho (30 de julio de 2018).

Por otro lado, debe indicar esta Sala de Decisión que, de las actuaciones surtidas en primera instancia, no se evidencia una negligencia o mora por parte del Despacho, por el contrario, las decisiones emitidas, por el juzgado de conocimiento fueron expeditas, viéndose únicamente un retraso al adoptar una decisión de fondo de 44 días, los cuales, en manera alguna, resulta ser una conducta carente de diligencia.

Por el contrario, el actuar de la parte actora, se corrobora fue tardía, dado que, el auto admisorio fue notificado, se itera en julio de 2018, y aunque remitió la citación en septiembre de la misma anualidad, es decir, en un término de dos meses, no fue allegada en dicho término ni en días posteriores a dicho envío, la respectiva constancia de recibido o devolución de la citación efectuada a los demandados y procede a tramitar el aviso, ocho meses después de haberse admitido la demanda.

Luego entonces, al verificarse por parte del juzgado de conocimiento que, la persona a notificar si residía en la dirección suministrada en la demanda, lo menos que podía hacer, era requerir a la promotora de la Litis para que, intentara nuevamente la remisión de la citación



personal, al ser, este un deber legal y segundo, con el fin de garantizar el derecho de contradicción de los demandados.

Nótese que una vez se proferido el auto de requerimiento por parte del juzgado, en noviembre de 2019; tan solo hasta el 21 de enero de 2020, la parte actora remitió la citación a los demandados, y consecuencia de ello, puso en conocimiento la devolución efectuada por la empresa Inter rapidísimo el 5 de febrero de 2020 es decir, que transcurrió más de dos meses en acreditar el trámite e informar al juzgado de las diligencias efectuadas.

A pesar de haberse reprochado la conducta de los demandados, al no comparecer a notificarse del líbelo genitor, se tiene que, la primera empresa postal que intentó realizar la entrega de la citación indicó en forma clara que *“NO HAY QUIEN ATIENDA LA DILIGENCIA, SE HICIERON VARIAS VISITAS. NO HAY TIMBRES Y EL GUARDIA DE SEGURIDAD ESTA DESPUÉS DE LAS 5 DE LA TARDE”*, y en la segunda remisión de la citación, se indicó que la dirección era *“ERRADA”*, luego entonces, para marzo de 2019 y posteriormente, en enero de 2020, esta Sala de Decisión no tiene certeza que, en efecto la señora Elsa Cendales tuviera conocimiento del proceso instaurado en su contra.

Por otro lado, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión que el apoderado al momento de sustentar su recurso, indicó haber remitido vía whatsapp la citación a la demandada para que se notificara y allegó para acreditar su dicho a folio 56, pantallazo de mensajes remitidos a un número de teléfono, sin que se logre tener certeza de la fecha de remisión de los mensajes de datos.

Pese a lo anterior, los convocados al proceso, se notificaron por intermedio de apoderado judicial en febrero de 2020, es decir, en un



término no superior a un mes de la última citación, si se tuviera esta como positiva, que, se itera no lo fue.

Consecuencia de lo anterior, es que considera esta Colegiatura que, en el presente caso, se vislumbra una actitud desprovista de diligencia por parte de la actora, al no procurar la notificación de los demandados en un término inferior a un año, como lo reza el estatuto procesal.

Así las cosas, se confirmará la excepción de prescripción establecida en el artículo 94 del Código General del Proceso, al demostrarse en esta instancia, que el actuar de la parte actora no fue diligente a la hora de notificar a su contraparte.

DE LOS APORTES A PENSIÓN

Reclama el apelante, que no se debió imponer condena por concepto de pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, ya que Elsa Cendales efectuó el pago correspondiente a la entidad de seguridad social, durante el vínculo contractual.

De acuerdo a los argumentos esgrimidos por el apoderado del demandado, se procedió a revisar el material probatorio allegado con la demandada y su contestación, encontrando en medio magnetofónico allegado a folio 61 del cartulario, archivo 6, denominado “*PLANILLAS SIMPLE*”, la siguiente información;

Folio	Período Cotizado	Días Laborados	Cotización Pagada	Monto que debía pagar
1	Marzo	7	\$ 27.500	\$ 24.055,73
2	Abril	21	\$ 48.200	\$ 72.167,20
3	Mayo	30	\$ 48.200	\$ 103.096,00
4	Junio	21	\$ 103.200	\$ 72.167,20



Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 4982 de 2007, se debe efectuar el pago de los aportes al sistema de seguridad social pensiones, en un 4% a cargo del trabajador y en un 12% al empleador, así las cosas, se verifica con los datos registrados en forma precedente que, el mes de marzo y junio de 2015 fueron cotizados en forma correcta por el empleador, de acuerdo a los días laborados y el salario mínimo legal mensual vigente para dicha calenda.

No ocurre lo mismo con los períodos de abril y mayo, que aunque, se encuentre efectuado el pago, este fue realizado por un periodo de tiempo inferior al realmente laborado y en tal sentido deberá efectuarse el pago conforme lo dispuso el A quo, es decir, de 21 días de abril de 2015 y de treinta días del mes de mayo de 2021, teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente.

Consecuencia de lo anterior, se modificará el numeral tercero de la sentencia objeto de reproche, en los términos señalados en forma precedente.

COSTAS. Las de primera instancia a cargo de la demandada, Elsa Cendales. Sin costas en esta instancia dadas las resultas del recurso de alzada y que a la demandante le fue concedido amparo de pobreza.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá



D.C, en audiencia pública celebrada el día 17 de junio de 2021, en el sentido de **CONDENAR** a **ELSA CENDALES** a reconocer y pagar las diferencias causadas en los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones con destino a la administradora en la que se encuentre actualmente afiliada **LUCILA MARÍA JIMÉNEZ ORTEGA**, en el período comprendido entre el 26 de marzo al 25 de junio de 2015, teniendo en cuenta que frente al ciclo de mayo sobre 30 días y abril sobre 21 días, tomando como Ingreso Base de Cotización el salario mínimo para dicha anualidad.

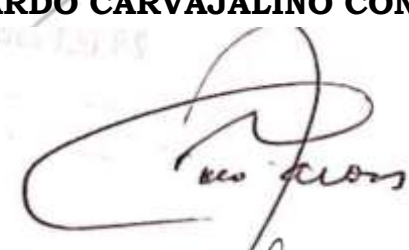
SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. Sin costas en esta instancia.

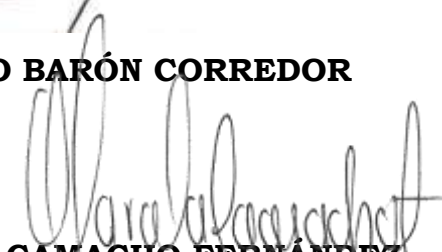
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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



A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderado sustituto a Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con C.C. No. 1.110.497.079 de Ibagué y portador de la T. P. No. 247.584 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora ELSA INÉS VESGA SILVA, solicita se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada a Porvenir S.A., el 30 de julio de 2001; se declare que la única afiliación válida es la efectuada al extinto Instituto de Seguros Sociales; que se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes acreditados en el RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez en cuantía del 87 el Ingreso Base de Liquidación; en caso de no reconocerse la pensión se condene a la entidad a reconocer la pensión de jubilación por aportes conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; se condene al pago del retroactivo pensional a partir del 1 de diciembre de 2014; se condene al pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho y derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 7 a 10 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació en febrero de 1955; que tenía 39 años de edad al 1 de abril de 1994; que inició su vida



laboral en abril de 1978; que prestó sus servicios a la Gobernación de Santander y a la Contraloría General de la República; que cotizó al RPM 843 semanas; que suscribió formulario de vinculación a Porvenir en julio de 2001; que no recibió asesoría respecto a las condiciones para que le fuera reconocida la pensión, bono pensional, diferencias en la distribución de las cotizaciones, por parte de la entidad a la hora de efectuar su traslado; que en julio de 2001 Porvenir le efectuó la proyección de su pensión; que el Ingreso Base de Liquidación de la actora es de \$4.481.354 y su pensión sería reconocida a los 63 años en cuantía de \$781.242; que cotizó al RAIS 351 semanas; que actualmente la demandante cuenta con 1194 semanas cotizadas; que en marzo de 2019 solicitó su traslado a Colpensiones, pero dicho pedimento fue resuelto en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no fue allegada prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información por parte de la entidad del RAIS. Como medios **exceptivos**, propuso los de, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; cobro de lo no debido; buena fe; la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa; inexistencia del derecho y la obligación; no procedencia de condena en costas y agencias en derecho instituciones que administran recursos del sistema general pensiones; innominada o genérica (fl. 113 Expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el traslado fue efectuado en forma libre e informada después de habersele asesorado sobre las implicaciones de



la determinación. Como medios **exceptivos**, propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación; compensación y la genérica (Archivo CD Fl. 85 expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 30 de julio de 2021, resolvió; **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir el 30 de agosto de 2001; **declaró** que la actora se encontraba válidamente afiliada a Colpensiones; **condenó** a Provenir a devolver la totalidad de los valores recibidos por la demandante; **condenó** a Protección a trasladar al RPM todos los dineros que la actora tuviere en su cuenta individual de trabajo; **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir y Colpensiones; **ordenó** la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Al ser el formulario de afiliación el único documento a través del cual se pretende derivar ese deber o esa obligación, el mismo, como ya lo reitere no da cuenta de una mínima información acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas, de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, por lo que debería de declarar la ineficacia de ese traslado que realizó la demandante del Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el día 30 de Julio de 2001, por lo que esta entidad deberá trasladar a la primera de las mencionadas con los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea la parte actora en su cuenta, sin descontar los gastos de administración(...).

...

Ahora, en cuanto a la pensión de vejez, primero que todo, dado que a Colpensiones se le estaba ordenando, hasta ahora recibir todos los aportes y todos los rendimientos financieros, es decir todo lo que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual y que Colpensiones no tiene esa información, sumado a que la información que se allegó a este despacho ya se encuentra desactualizada porque fue presentada para el momento en el que la demanda fue radicada, entonces no habrá lugar a estudiar el derecho pensional, en la medida en que desconozco hasta cuando efectuó aportes la demandante para efectos de determinar el disfrute de la pensión, el total de semanas efectuadas por ella para efectos de determinar si cumple los presupuestos para habérsele



extendido el régimen de transición hasta 2014 o si cumplió los requisitos de pensión antes del 2010, entonces en sí, al no existir certeza total sobre el número de semanas cotizadas por la demandante en la medida en que si bien la accionante dijo que la última cotización que recuerda es en el 2012, lo cierto es que eso ha generado unos rendimientos hasta la fecha, razón por la cual, no se dispone de la total información que se necesita para estudiar el derecho pensional, en la medida que hasta ahora se está ordenando esa afiliación y lo que genera también la actualización de la historia laboral de la demandante entonces no hay lugar a estudiar el derecho pensional...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte **demandante**, a través de apoderado judicial solicita se profiera condena contra Colpensiones, en lo relativo al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 o en su defecto con la Ley 71 de 1988, al considerar que la actora es beneficiaria del régimen de transición; por otro lado, que se encuentra acreditada la cotización de 1.194 semanas durante su vida laboral y que se retiró del sistema de pensiones, en el año 2013.

La apoderada de **Colpensiones**, centra su oposición frente a la sentencia, al considerar que la demandante no acreditó que hubiese sido engañada al momento del traslado de régimen pensional, que el formulario de afiliación fue suscrito en forma libre y voluntaria; que tampoco se debe imponer condena en costas contra la entidad, al obedecer su actuar con total apego a las normas laborales.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, interpone recurso de apelación, al considerar que para la época en que se suscribió el traslado de régimen, solo se requería acreditar el formulario de afiliación; que la entidad cumplió con el deber de información y para dicha época no era necesario dejar documentada la asesoría; que a la demandante se le informaron efectos vitales del RAIS y por ello toma la decisión de trasladarse del RPM; que la actora no hizo uso del derecho de retracto; que tampoco es viable ordenar la devolución de gastos de



administración, al considerar que, el descuento de estos rubros se encuentra reglado en la Ley 100; que se debe absolver a la entidad del pago de costas, al haber actuado con apego a la normatividad.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de **Porvenir** S.A., solicita se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que, no se encuentran acreditados los requisitos para declarar la nulidad del traslado; que tampoco es viable declarar la ineficacia ya que se debe actuar con las intenciones señaladas en el artículo 271 de la Ley 100 y estas no fueron acreditadas en el proceso; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume auténtico y fue suscrito en forma libre y voluntaria; que se garantizó el derecho de retracto, sin que fuera ejercida tal facultad; que no se debe ordenar la devolución a sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita se revoque el fallo de primera instancia, al no encontrarse acreditados los vicios del consentimiento y por ello, se debe presumir que el traslado fue voluntario; que no se encuentra acreditado el engaño causado a la actora; que no se puede invertir la carga de la prueba que tiene la demandante; que la afiliada tenía el deber de informarse y conocer de la facultad o derecho de retracto que le asiste; que han transcurrido más de 20 años y en dicho interregno de tiempo la actora no aportó al fondo común del RPM y por ello es Porvenir quien debe resolver su situación pensional.



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 53 y a la cual se dio respuesta el 6 de marzo de 2019 en forma desfavorable a la actora (fl. 55 archivo 01 expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Elsa Inés Vesga Silva al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su



ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 25); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 27); cálculo de pensión elaborado por Porvenir (fl. 35); historia laboral emitida por Porvenir (fl. 37); formulario de traslado a Porvenir (FL. 43, Archivo CD fl. 85, fl. 67); certificado de bono pensional del tiempo laborado en la Gobernación de Santander (fl. 45); simulación pensional emitida por Porvenir (FL. 47); certificado de bono pensional del tiempo laborado en la Contraloría General de la República (fl. 51); reclamación administrativa adelantada ante Colpensiones (fl. 53); respuesta de Colpensiones frente a traslado (fl. 55); certificado SIAFP – Asofondos (Archivo CD fl. 85, fl. 65); certificado de afiliación emitido por Porvenir (Archivo CD fl. 85, fl. 83); relación de movimientos emitido por Porvenir (Archivo CD fl. 85, fl. 84); resumen historia laboral emitida por el Ministerio (Archivo CD fl. 85, fl. 113).



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

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

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

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus



afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

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

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

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

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

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18



de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado



después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

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

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

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

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

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

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

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

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



suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado 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 ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de abril de abril de 1978 hasta agosto de 2001, tal como se advierte de la historia laboral que fue allegada por la parte actora y se corrobora con la aportada por Colpensiones (Archivo CD fl. 63, Documento GRP-SCH-HL-66554443332211_1716-20200225101113), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. y ser esta efectiva a partir de septiembre de 2001, fondo, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación a Porvenir (fl. 43, Archivo CD fl. 85, fl. 65).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *«... En esa época, llegaron a la ESAP, yo trabajaba en la ESAP, llegaron los señores de Porvenir, ofreciendo asesoría a todos los funcionarios de la ESAP, a mí particularmente me correspondió el señor John Ramírez, el realmente la principal razón que adujo por la cual debíamos nosotros trasladarnos del Seguro social a cualquier fondo de pensiones privado era que el Seguro Social iba a ser liquidado, esa fue la razón principal y que ellos nos iban a prestar a través de Porvenir, de ese fondo de pensiones, aproximadamente la misma protección que el Seguro Social, pero como era urgente que nosotros nos trasladáramos a un fondo de pensiones y ellos estuvieron asesorándonos, pero de una manera incompleta porque no nos dijeron a cabalidad absolutamente pues todas las condiciones que ellos nos iban a colocar al suscribir ese contrato, entonces yo si les dije que yo necesitaba claridad porque realmente pues a mí me faltaba no mucho para pensionarme, entonces que me dijeron, suscriba ese contrato que nosotros le entregamos a usted toda la cotización entre lo que usted se ganaría en el Seguro Social y lo que usted se ganaría en Porvenir, realmente eso fue ahí en julio del 2001, en el documento me dijeron tiene que firmar porque tiene que hacerlo ya, sino se va a quedar usted sin nada, entonces yo lo firme con la condición de que realmente a mí me dijeran claramente que era lo que pasaba estando en el Seguro Social y estando en un fondo de pensiones, cosa que nunca sucedió yo firme el contrato y empecé a cotizar ...»*; que para la asesoría brindada se asignó un tiempo aproximado de 15 a 20 minutos.



Que leyó el formulario y lo suscribió; que el asesor fue reiterativo en señalarle que el Seguro Social se acabaría; que le indicó que podía realizar aportes voluntarios, que podía heredar su pensión y que las cotizaciones realizadas tendrían rendimientos financieros, pero no sobre las diferencias entre uno y otro régimen.

De acuerdo a la información suministrada por el asesor de la AFP, “...*si yo no me afiliaba a un fondo privado ese tiempo se iba a perder, que por lo tanto por eso era que ellos me ofrecían cambiarme al régimen de los fondos privados, para que no se perdiera ese tiempo*”.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas de las características del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, así las cosas, al no existir 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 se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.



Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos**



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

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

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

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez en los térmi-



nos del régimen de transición, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1º de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos. En el *sub judice*, se reitera, la señora Elsa Inés Vesga Silva demostró contar con 39 años, 1 mes y 4 semanas de edad al 1º de abril de 1994, pues nació el 4 de febrero de 1955 (folio 25).

Mediante Acto Legislativo 01 de 2005, se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4º de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tuvieran además, 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los cuales se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que la demandante cumple con las previsiones para ser beneficiario del régimen de transición, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma que instituyó:



«ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo»

Para tal efecto, revisada la historia de semanas cotizadas por la actora, se evidencia que para el 31 de julio de 2010, ya había causado el derecho a la pensión de vejez, en virtud del régimen anterior aplicable según el régimen de transición, pues tenía la edad de pensión exigida por el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, que impone aplicar el beneficio de la transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el reconocimiento pensional a la señora Vesga Silva.

Deriva de lo anterior, que la accionante arribó a los cincuenta y cinco (55) años de edad el 4 de febrero de 2010, folio 25, y que conforme al reporte de semanas cotizadas expedido por el Instituto de Seguros Sociales (fl. 27 y CD fl 63, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1716-2020025101113) y Porvenir S:A. (fls. 37 y archivo de CD fl. 85 fl. 104) reunió un total de **1.195 semanas** de cotización para el 31 de diciembre de 2013, acreditando de esta manera el requisito del literal b, del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, este es, haber acreditado un total de mil semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

En lo correspondiente al ingreso base de liquidación, debe recordar esta Sala de Decisión que, por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se estableció el régimen de transición pensional del que se beneficia a la accionante, el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión, de quienes se les aplica tal transición, es el indicado en su inciso 3°, esto es, que a quienes les faltare menos de diez (10)



años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

Ahora, de una lectura de las documentales obrantes en el expediente, se tiene que la demandante cumplió la edad para pensión el día 4 de febrero de 2010, por haber nacido el mismo día y mes del año 1955, motivo por el cual, al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la nueva ley de seguridad social, le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho pensional, así, al no cumplir con las previsiones propias del régimen de transición, en lo que respecta a la modalidad liquidatoria del IBL, el estudio del presente proceso se gobernará por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al señalar que para calcular el salario base de liquidación, de la pensión debe tomarse el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo, si este fuera inferior, siempre que haya cotizado 1250 semanas como mínimo. Prestación económica que según los lineamientos del artículo 13 y 35 el Acuerdo 049 de 1990 se reconocerá a partir del 1° de enero de 2014, por reportar como último ciclo de cotización a pensión el 31 de diciembre de 2013.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor y, evidenciándose que los aportes realizados por el demandante durante los últimos diez (10) años anteriores al reconocimiento pensional, con una tasa de reemplazo del 84%, le es más favorable a la demandante, se tiene que la primera mesada corresponde a **\$3.318.735,¹⁰** a partir del 1° de enero de 2014, por trece mensualidades, motivo por el que habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia en este aspecto, y conforme a la liquidación que se procede a realizar;



Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Facto r de index ación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1997	133	26,550	88,05	3,316	\$ 1.496.383,46	\$ 4.962.582,43	\$ 22.000.782,11
1998	270	31,230	88,05	2,819	\$ 1.575.777,78	\$ 4.442.754,83	\$ 39.984.793,47
1999	335	36,420	88,05	2,418	\$ 2.387.328,36	\$ 5.771.671,11	\$ 64.450.327,43
2000	164	39,790	88,05	2,213	\$ 2.295.097,56	\$ 5.078.746,93	\$ 27.763.816,54
2001	298	43,270	88,05	2,035	\$ 3.796.033,56	\$ 7.724.537,89	\$ 76.730.409,75
2004	330	53,070	88,05	1,659	\$ 2.513.060,73	\$ 4.169.493,07	\$ 45.864.423,73
2005	360	55,990	88,05	1,573	\$ 3.200.059,33	\$ 5.032.420,51	\$ 60.389.046,11
2006	360	58,700	88,05	1,500	\$ 1.885.625,58	\$ 2.828.438,38	\$ 33.941.260,50
2007	360	61,330	88,05	1,436	\$ 1.406.750,00	\$ 2.019.637,00	\$ 24.235.644,06
2008	360	64,820	88,05	1,358	\$ 1.785.166,67	\$ 2.424.929,42	\$ 29.099.153,04
2009	360	69,800	88,05	1,261	\$ 2.884.227,75	\$ 3.638.341,74	\$ 43.660.100,87
2013	270	78,050	88,05	1,128	\$ 589.500,00	\$ 665.028,51	\$ 5.985.256,57
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 474.105.014,17
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.950.875,12
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					84%
		Primera mesada					\$ 3.318.735,10
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2016					\$ 689.455,00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
06/03/16	31/12/16	6,77%	\$ 3.318.735,00	10,83	\$ 35.952.962,5
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 3.509.562,00	13,00	\$ 45.624.306,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 3.653.103,00	13,00	\$ 47.490.339,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.769.272,00	13,00	\$ 49.000.536,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.912.504,00	13,00	\$ 50.862.552,0
01/01/21	30/09/21	1,61%	\$ 3.975.495,00	9,00	\$ 35.779.455,0
Total retroactivo				\$ 264.710.150,50	

De las mesadas causadas a favor de la demandante, deberá el ente de seguridad social realizar los respectivos descuentos del servicio de salud correspondientes.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

Así entonces, como quiera que la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez fue radicada el 6 de marzo de 2019 (fl. 53 Archivo 01 del expediente digital), y que la demanda fuera radicada ante la oficina judicial de reparto el 12 de abril de 2019, diáfano resulta indicar que ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas que se causaron con antelación al 6 de marzo de 2016 y consecuencia de ello, se ordenará reconocer el retroactivo pensional únicamente a partir de la data enunciada.

DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES

La parte demandada, Colpensiones y Porvenir S.A., en la alzada también manifiestan su 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



prosperare 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 las demandadas, Colpensiones y Porvenir S.A., bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

Motivo por el cual, se confirma la decisión en costas impuesta por el *A quo*.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A., dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la demandante, **ELSA INES VESGA SILVA**, la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2014 y en cuantía inicial de a **\$3.318.735,¹⁰** y por trece mesadas al año.

SEGUNDO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de la



demandante, **ELSA MARÍA VESGA SILVA**, la suma de **\$264.710.150,⁵⁰**, por concepto de retroactivo pensional liquidado a 30 de septiembre de 2021

TERCERO. DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de marzo de 2016.

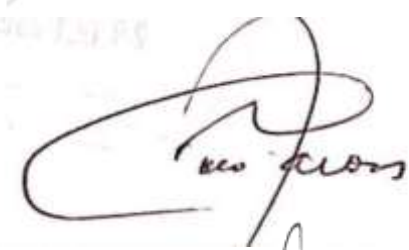
CUARTO. CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada y conocida en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, dadas las results de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor de la demandante, ELSA INÉS VESGA SILVA en la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ESPERANZA DELGADO TORRES** CONTRA **SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADO EFECTIVA CTA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS S.A. Y SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN.** (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 septiembre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ESPERANZA DELGADO TORRES** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de unidad de empresa entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en Liquidación, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación, compañías pertenecientes al grupo SALUDCOOP, así como que dichas sociedades utilizaron la figura de la tercerización e intermediación laboral para contratarla a través de suministro de personal, sin estar autorizadas para el efecto; que entre ella, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación existió un contrato realidad que se ejecutó desde el 10 de julio de 2014 hasta el 7 de marzo de 2016 y que los auxilios extra legales de rodamiento y alimentación que le fueron pagados constituyen factor salarial; como consecuencia, solicita condenar solidariamente al grupo empresarial de SALUDCOOP integrado por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en Liquidación, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación, al igual que a EFECTIVA CTA y a IAC ACCIÓN Y PROGRESO a pagar a su favor 7 días de la segunda quincena del mes de marzo de 2016, los auxilios extralegales de rodamiento y alimentación correspondientes a 7 días de la primera quincena del mes de marzo de 2016, prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías causados entre enero y marzo de 2016, vacaciones causadas desde el 10 de julio de 2015 hasta el 7 de marzo de 2016, reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social, junto con la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, costas y agencias en derecho. (fls. 14 a 17).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 14 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que SALUDCOOP EPS OC en liquidación ejerce situación de control y grupo empresarial en



calidad de matriz sobre IAC GESTION ADMINISTRATIVA en liquidación y CAFESALUD EPS, a más que su representante legal ha tenido derecho de voz y voto en las reuniones generales que se realizan periódicamente en la entidades en mención, fijando sus políticas y directrices en materia laboral. Refiere que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA fue constituida con un patrimonio de \$10.000.000 en el que concurrió la Cooperativa de Trabajo Asociado EFECTIVA CTA, la institución del cooperativismo IAC ACCIÓN Y PREGRESO y SALUDCOOP EPS, cuyo objeto social corresponde a actividades de gestión administrativa, comercial y jurídica que desarrolla por medio de outsourcing, exclusivamente a personas naturales o jurídicas, no obstante realizó suministro de personal enviando trabajadores en misión a las empresas SALUCOOP EPS OC en liquidación y CAFESALUD EPS S.A., en virtud de diversos contratos de mandato y de prestación de servicios que fueron suscritos por las citadas. Que tanto SALUDCOOP EPS OC como CAFESALUD enviaban a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA requerimientos de contratación de personal, estableciendo las condiciones laborales, el tipo de contrato, el cargo, la cantidad de vacantes, el horario, las funciones, el salario y el lugar de trabajo; además, el pago de las acreencias laborales eran sufragados en su totalidad por dichas EPS. Aduce que el 10 de julio de 2014 celebró contrato de trabajo a término fijo con “CAFESALUD EPS”, para desempeñar el cargo de enfermero auditor, cuyas funciones consistían en realizar la auditoría de cuentas médicas y la notificación de glosas a la red prestadora; todo ello a favor de SALUDCOOP y CAFESALUD, teniendo como jefe inmediato a la señora Adriana Nieto, quien estaba vinculada directamente con la última EPS citada. Que devengó como último salario la suma de \$2.194.000, y prestó sus servicios en beneficio de CAFESALUD EPS hasta el 7 de marzo de 2016, fecha esta en la que presentó su carta de renuncia, pese a encontrarse vinculada formalmente con “IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA” en liquidación, además, estuvo sometida a la continuada subordinación y



dependencia de las entidades promotoras de salud llamadas a la acción. Indica que las accionadas no pagaron a su favor la liquidación final de prestaciones sociales, ni tampoco se suscribió transacción con ella, aun cuando ello sí se efectuó con los demás trabajadores. Manifiesta que CAFESALUD EPS desde el 8 de agosto de 2016, se ha negado a sufragar los costos laborales de los trabajadores enviados por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, además, liquidación no cubrió los costos de tales empleados. Que solicitó ante IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA el reconocimiento de sus acreencias laborales, frente a lo cual no recibió respuesta alguna, amén que dicha empresa no asistió a la diligencia de conciliación programada por el Ministerio del Trabajo. Precisa que instauró acción de tutela que fue de conocimiento del Juzgado Primero de Ejecución Civil Municipal de Bucaramanga, para que en amparo de sus derechos a la vida en condiciones dignas y justas, igualdad y mínimo vital, se ordenara a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA realizar el pago de las prestaciones sociales generadas entre el 10 de julio de 2014 y el 7 de marzo de 2016, junto con la indemnización moratoria, amparo que fue concedido mediante sentencia del 2 de noviembre de 2016, en el sentido de ordenar a la citada a pagar la totalidad de su liquidación, junto con la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, decisión que fue confirmada por el Juzgado Segundo de Ejecución Civil del Circuito de Bucaramanga, la cual no fue acatada por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, pese al trámite incidental que se surtió, bajo el argumento de existir una imposibilidad financiera para el efecto. Concluye indicando que radicó formulario de reclamación de acreencias ante IAC, y que a la fecha las demandadas no le han reconocido los derechos laborales discutidos.

CONTESTACIÓN: La demandada **IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que debido a la falta de pago de los cánones



de arrendamiento y el proceso de liquidación ordenado respecto de la empresa, se denegó a todo su personal el acceso a sus instalaciones y a la fecha se desconoce el paradero de todos los activos, como escritorios, computadores, documentos físicos, digitales y medio magnético que se encontraba bajo su custodia, encontrándose en curso el acto administrativo que ordena la reconstrucción de toda su documentación, dentro de la cual se encuentran los documentos relacionados con todos los pasivos laborales, que se requieren para proceder a efectuar los pagos a que haya lugar, conforme a las reglas de la liquidación y la prelación de créditos establecida por la ley. Agrega que en el presente caso no se encuentran reunidas las condiciones y exigencias legales necesarias para declarar la unidad de empresa, acotando que las actividades descritas en su objeto social no son complementarias ni conexas con la establecidas por Saludcoop en liquidación. **Excepciones:** No formuló excepciones. (fls. 577 a 584).

A su turno, La demandada **CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que es una empresa subsidiaria de Salucoop, quien ostenta la calidad de matriz, y en tal virtud no está llamada a responder por las obligaciones de la matriz. Refiere que cuenta con autonomía financiera y sus activos son propios, de suerte que no depende económicamente de la empresa Salupdcoop y mucho menos existe nexo alguno con IAC Gestión Administrativa, siendo claro que no concurren los requisitos legales para declarar la unidad de empresa. Añade que no pudo haber solicitado a IAC la remisión de trabajadores en misión, por cuanto esta no tiene la calidad de empresa de servicios temporales, a más que IAC era verdadera empleadora de sus colaboradores, incluida la demandante, y por tanto, contaba con autonomía para determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar respecto de la prestación de servicios de sus empleados. Precisa que entre Cafesalud e IAC se celebraron contratos de prestación de servicios y de mandato, que no



versaban sobre requerimientos de contratación de personal de la forma como se describe en la demanda. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad, mala fe, y buena fe. (fls. 706 a 735).

Por su parte, la demandada **SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que la actora no ha sido nunca su trabajadora, pues no se celebró con ella ningún contrato de naturaleza laboral, a más que tampoco prestó sus servicios a favor de la EPS. Agrega que conforme a lo narrado en el *libelo introductor*, Cafesalud EPS S.A. fungió como empleadora de la convocante. Refiere que la legislación nacional no contempla norma alguna, en virtud de la cual se establezca que la matriz por tal calidad, pueda ser garante de las obligaciones de sus subordinadas, agregando que los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995, conservan su individualidad jurídica y mantienen sus atributos y obligaciones que les corresponde asumir a cada uno, por manera que el simple hecho de la vinculación no existe solidaridad entre la matriz y la subordinada. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Saludcoop EPS hoy en Liquidación y cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria y la genérica. (fls. 838 a 843).

A su turno, la demandada **SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO EFECTIVA CTA**, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo como motivo de disidencia que la demandante nunca estuvo vinculada a la CTA como asociada mediante un convenio de asociación, ni bajo ningún otro tipo de modalidad, y menos aun, puede aseverar que Efectiva conformó un grupo empresarial con las demás entidades convocadas a la acción, pues dejó de pertenecer a IAC GESTIÓN



ADMINISTRATIVA desde el momento en que materializó su intención de renunciar voluntaria e irrevocablemente a su condición de asociada.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de relación laboral, carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, falta de causa y título, y falta de jurisdicción. (fls. 855 a 870).

Finalmente, la demandada **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO**, se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que en ningún momento ha ocupado la calidad de empleador de la demandante, acotando que no se benefició de sus servicios, por lo tanto no pudo ejercer sobre ella ningún tipo de subordinación y efectuar pago a su favor. Añade que no hace parte del grupo económico Saludcoop, dentro del cual en todo caso, no podría responder como subsidiaria, dado que la obligación de responder ante los acreedores de una de las subordinadas, radica únicamente en la sociedad que tiene la calidad de matriz. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto, inexistencia de la obligación laboral, inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa, inexistencia de solidaridad y la genérica. (fls. 789 a 815).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de julio de 2021 resolvió **declarar** de oficio la excepción de cosa juzgada en relación con las pretensiones de declarar la relación laboral, el pago de salarios a los 7 días de la primera quincena del mes de marzo de 2016, pago de auxilios extralegales de rodamiento y



alimentación por 7 días de la primera quincena del mes de marzo de 2016, el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de servicios del 1 de enero al 7 de marzo del 2016, vacaciones desde el 10 de julio de 2015 al 7 de marzo de 2016, así como la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que ya fue señalada como empleadora IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en la acción de tutela 2016-154, tramitada por el Juzgado Primero (1º) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga, donde fue accionante la señora ESPERANZA DELGADO TORRES, accionada IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y vinculadas otras entidades; **declarar** la unidad de empresa entre la matriz SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, al igual que la solidaridad en el pago de índole laboral que ya fue reconocido en la acción de tutela 2016-154, tramitada por el Juzgado Primero (1º) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga; **absolver** a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA OUTSOURCING y a SALUDCOOP EPS de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probadas la excepciones de inexistencia de la obligación propuesta por CAFESALUD, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto, inexistencia de la obligación laboral, inexistencia de los requisitos para declarar la unidad de empresa, inexistencia de la solidaridad propuestas por ACCIÓN Y PROGRESO, inexistencia de la relación laboral, carencia de derecho, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas propuestas por SOLUCIONES ALTERNATIVAS DEL MERCADO, inexistencia de elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto, inexistencia de obligaciones laborales, propuestas por SALUDCOOP, y no probadas las demás; **absolver** a SOLUCIONES ALTERNATIVAS DEL MERCADO, a ACCIÓN Y PROGRESO y a CAFESALUD EPS de las pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas a SALUDCOOP a favor de la demandante, así como a la activa a favor de las demandadas SOLUCIONES ALTERNATIVAS DEL MERCADO,



ACCIÓN Y PROGRESO y CAFESALUD EPS, **sin costas** a cargo de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA. (Cd. a folio 1085).

Lo anterior por considerar el A quo que, la existencia del contrato de trabajo, el pago de su liquidación final y el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, ya fue zanjado por el juez de tutela, en virtud de la solicitud de amparo constitucional elevada por la accionante, en la que se definió específicamente que su empleador era IAC Gestión Administrativa, a quien por ello se le impuso pagar la obligación, por manera que al mediar una decisión judicial con efectos definitivos, relativa a la relación laboral que aquí se discute, sobre los mismos extremos laborales y el reconocimiento de la liquidación final del vínculo laboral junto con la indemnización moratoria, no puede el juez ordinario desconocer tal decisión, y volver a hacer un análisis sobre estas temáticas para reconocer la intermediación laboral propuesta en la demanda, al existir cosa juzgada constitucional. De otro lado, refirió que conforme a las documentales obrantes en el proceso, Saludcoop EPS en Liquidación es la sociedad matriz de un grupo empresarial conformado entre otras por Cafesalud EPS e IAC Gestión Administrativa en Liquidación, organismo este último en el que Saludcoop ostenta la propiedad del más 50% de sus acciones, a más que tanto IAC como Saludcoop tienen objetos sociales complementarios, lo cual configura la unidad de empresa en los términos del artículo 194 del CST, y por ende la responsabilidad solidarias de Saludcoop, frente a las acreencias laborales debidas a la demandante como trabajadora de IAC Gestión Administrativa reconocidas en sede de tutela. Indicó sobre las prestaciones no debatidas en el trámite constitucional, que la demandante presentó renuncia a su cargo sin aducir ningún motivo para el efecto, por manera que en su caso, no tuvo lugar un despido injusto, ni tampoco un despido indirecto. Concluyó afirmando que la activa no demostró la periodicidad con la que se pagaban los auxilios de rodamiento y alimentación y si los mismos estaban encaminados a remunerar su



labor, por manera que no es posible otorgarles connotación salarial como así se pretende en el *libelo genitor*.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante ESPERANZA DELGADO TORRES, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que no se ha considerado por el Despacho el abuso del derecho consagrado en el artículo 830 del Código de Comercio y el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, y en los cuales se prevé la intermediación ilegal y la consecuente responsabilidad solidaria del sector cooperativa, que debe tener aplicación al caso, por cuanto las demandadas son cooperativas que desplegaron una intermediación no permitida por la ley y participaron en un montaje para evadir su responsabilidad frente a la trabajadora. Aduce que la existencia de una fallo de tutela que implica la configuración de cosa juzgada constitucional, no impide el reconocimiento de la responsabilidad que radica en un grupo de empresas que de común acuerdo han diseñado un sistema para liberarse de sus obligaciones, como es el caso de una cooperativa que bajo el argumento de no contar con recursos, se abstiene de honrar sus obligaciones laborales, al igual que las EPS como Cafesalud y Saludcoop, pese a que se beneficiaron de la prestación de los servicios de la activa, e incluso las CTA EFECTIVA Y PROGRESO, quienes como partícipes de la asamblea de IAC, hicieron parte del montaje de todo ese sistema que tuvo por fin, no reconocer sus obligaciones laborales. Concluyendo que el empleador de la demandante no era IAC Gestión Administrativa, sino todas las entidades del grupo empresarial que se beneficiaron de su servicio personal, circunstancia que implica un pronunciamiento de fondo sobre todas las pretensiones de la demanda.

A su turno, **la parte demandada SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que



las entidades convocadas son personas jurídicas diferentes, que cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, conforme deviene de sus certificados de existencia y representación legal, de suerte que resulta improcedente que Saludcoop asuma las prestaciones sociales y las indemnizaciones incoadas con la demanda. Agrega que los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial conforme a los términos previstos en la Ley 222 de 1995, conservan su individualidad jurídica y mantienen sus atributos y obligaciones que a cada uno les corresponde asumir; sumando a ello que conforme a lo definido por la Superintendencia de Sociedades en oficio 125-1063 del 13 de enero de 1999, no se ha establecido solidaridad de la matriz o controlante en el pago de las obligaciones contraídas por sus filiales o subsidiarias por el solo hecho de la vinculación. Refiere que en materia laboral, de conformidad con los artículos “26” y 34 del CST, existe solidaridad en el pago de los pasivos laborales en tratándose del dueño o beneficiario de la obra, o de las personas y sus miembros entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión, acotando que para el caso, Gestión Administrativa es una persona independiente y autónoma, con patrimonio autónomo, respecto de la cual no existe razón para derivar una responsabilidad solidaria, conforme al artículo 34 del CST, dado que Saludcoop no se benefició de las funciones desarrolladas por la demandante, a más que dicha EPS tiene un objeto social distinto al de IAC Gestión Administrativa.

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 actora persigue la revocatoria parcial del fallo confutado, ratificándose en todo lo expuesto en la demanda, y en particular, en la posición relativa a que el grupo SALUDCOOP creó un sistema para evadir la responsabilidad laboral frente a los empleados, consistente en crear una pequeña cooperativa con \$10.000.000 de capital y a través de ella contratar a miles de empleados que estaban distribuidos en las empresas del grupo, entre ellas SALUDCOOP Y CAFESALUD. Refiere que todas las demandadas participaron en la creación de la cooperativa IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, que se encargaba de vincular laboralmente a todos los trabajadores de las empresas del mentado grupo, por manera que en virtud del artículo 830 del Código de Comercio referente al abuso del derecho, no puede excluirse de la condena a CAFESALUD EPS, EFECTIVA CTA e IAC ACCION Y PROGRESSO, mas aun cuando los verdaderos empleadores de la activa lo fueron las EPS llamadas a la acción, lo cual además, involucra a las cooperativas que participaron en la creación de IAC Gestión Administrativa. Refiere que el juzgador de primera instancia sin razones válidas, de hecho ni de derecho, resuelve absolver a la empresa Cafesalud, sin tener en cuenta que en este caso todas las seis demandadas desarrollaban actividades similares, conexas y complementarias, como lo indica el artículo 194 del C.S.T. y formaban parte de un grupo económico y empresarial que desarrolló actividades orientadas a burlar la ley.

Parte demandada: La demandada **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESSO**, señala que quedó totalmente descartado mediante la prueba testimonial y el interrogatorio de parte, que con la accionante se hubiese desarrollado relación laboral alguna, con la presencia de los elementos esenciales previstos en el art. 23 del C.S.T., vale decir, actividad personal, subordinación y un salario como retribución por sus servicios. Añade



que no existe ninguna prueba de que IAC ACCIÓN Y PROGRESO, ostente alguna condición de predominio económico, o fije las directrices en cuanto al propósito para las entidades a quienes la demandante ha atribuido su condición de empleadores, amén que la participación de IAC ACCIÓN Y PROGRESO en la conformación de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, fue de un ínfimo porcentaje (20%), aclarando que la unidad de empresa se predica únicamente de forma vertical, es decir, de la entidad predominante respecto de sus subordinadas, pero no en sentido inverso, ni tampoco entre entidades que se encuentran en un mismo nivel.

A su turno, la demandada **CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN**, solicita la confirmación del fallo discutido, aduciendo para el efecto, que en el interrogatorio de parte absuelto por la señora ESPERANZA DELGADO TORRES y el recaudo probatorio documental se confirmó que la demandante no tenía ningún tipo de vinculación con CAFESALUD EPS, que los pagos, contrato y relación laboral era única y exclusivamente con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN. Refiere que desconoce las circunstancias de modo, tiempo, lugar y extremos temporales, que generaron un vínculo laboral entre SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN y la activa. Añade que no ha sido beneficiaria de labor alguna realizada por la demandante, pues esta no ha prestado sus servicios ni de manera directa, ni a través de representantes, ni como trabajadora en misión, ni como proveedora de servicios, ni bajo ninguna forma de tercerización laboral; en tal virtud no se dan los supuestos de los artículos 34 y 35 del CST, ni aquellos consagrados en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 art. 2.2.3.2.1., para en efecto derivar el carácter de la solidaridad reclamada. Concluye afirmando que es una persona jurídica diferente que goza de independencia administrativa, jurídica y financiera y por lo tanto no responde por las acciones o por los contratos de terceros.



Por su parte, la demandada **SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN** manifiesta que al caso concurren personas jurídicas distintas tal como se verifica en cada uno de los Certificados de Existencia y Representación Legal, donde cada entidad demandada cuenta con objeto social propio, representante legal distinto y con plena autonomía administrativa, técnica y financiera, circunstancia que hace improcedente que la EPS deba asumir las prestaciones sociales e indemnizaciones incoadas por la parte demandante. Indica que el predominio económico determinado por la ley y la Corte Suprema de Justicia, no se prueba contundentemente en el presente caso respecto de SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACION, con IAC GESTION ADMINISTRATIVA ni con ninguna de las demandadas, por lo cual no hay lugar a que la matriz, por su calidad de tal, deba ser garante de las obligaciones de sus subordinadas. Aduce que las labores desarrolladas por IAC son totalmente diferentes a las definidas en el objeto social de la EPS, por manera que no se cumplen los presupuestos normativos para la declaratoria de Unidad de Empresa, como erradamente lo declaró el Juez en primera instancia, como tampoco la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del CST. Finalmente, precisa que quien fungió como verdadero empleador fue la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN de conformidad con lo señalado en acción de tutela 2016-154 tramitada en el Juzgado 1 Civil Municipal de Ejecución de Sentencia de Bucaramanga.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar como problema jurídico a resolver si entre la demandante y las EPS Cafesalud y Saludcoop, existió un contrato de trabajo en virtud del principio de la realidad que se ejecutó entre el 10 de julio de 2014 y el 7 de marzo de 2016, y que deviene en la responsabilidad solidaria de todas las demandadas, ante la existencia de una intermediación laboral de las Cooperativas de Trabajo Asociado convocadas o, si como lo estableció el *a quo*, se configura la excepción de cosa juzgada constitucional.

De no salir avante la anterior premisa, establecer si resulta procedente declarar la unidad de empresa entre Salucoop EPS OC e IAC Gestión Administrativa, que permita impartir condena a cargo de Saludcoop a título de indemnización moratoria y de liquidación del contrato de trabajo.

RELACIÓN LABORAL-COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción, inició por demanda interpuesta por Esperanza Delgado Torres contra Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso, IAC Gestión Administrativa en Liquidación, Cafesalud EPS S.A. y Saludcoop EPS OC en Liquidación, donde se pretende que se declare como verdaderos patronos a las EPS llamadas a la acción, al ser utilizada de manera indebida por parte de IAC Gestión



Administrativa en Liquidación la figura de intermediación laboral, en tanto esta les suministró personal, sin contar con la calidad de empresa de servicios temporales, lo que de paso genera su responsabilidad solidaria y la de las cooperativas de trabajo asociados Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva e IAC Acción y Progreso.

Por otro lado, evidencia esta Sala de Decisión a folio 1066 de las diligencias, medio magnetofónico contentivo del expediente de tutela 2016 00154, que por reparto correspondió al Juzgado Primero (1º) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga, el cual fuere gestado por la aquí demandante contra IAC Gestión Administrativa, siendo vinculadas por el Juez constitucional las entidades promotoras de salud Cafesalud S.A. y Saludcoop, en cuya solicitud de amparo la señora Delgado Torres suplicó, buscando la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad y al mínimo vital que:

«SEGUNDO: *En consecuencia se le ordene a IAC GESTION ADMINISTRATIVA que dentro de las 48 siguientes al fallo de TUTELA, se sirvan realizar el pago total de la liquidación de prestaciones sociales por el período laborado del 10 de julio de 2014 al 07 de Marzo de 2016, teniendo en cuenta el último salario devengado.*

TERCERO: *Así mismo, que se ordene el pago de la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del C.S.T., considerando el no pago de las prestaciones debidas a que está obligado el empleador y en mi caso a la fecha se ha venido omitiendo».*

Alegando que laboró para la empresa IAC Gestión Administrativa con contrato a término fijo en el cargo de Enfermera Auditoria prestando los servicios para Saludcoop y Cafesalud EPS, con una asignación de \$2.194.000 junto con un valor no salarial de \$548.500, relación que se ejecutó entre el 10 de julio de 2014 hasta el 7 de marzo de 2016, fecha esta en la que renunció por motivos imputables a la empleadora, ante quien reclamó el pago de su liquidación final, al igual que la



indemnización moratoria; sin embargo, no recibió respuesta alguna, por manera que dicha empresa fue citada al Ministerio del Trabajo para llevar a cabo conciliación, a la cual su representante legal no compareció; sumando a ello que el patrono se pronunció en comunicación posterior, empero no recibió el pago de las acreencias laborales que le correspondían.

Con ocasión a dicha acción de tutela, el Juzgado Primero (1º) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga mediante sentencia del 2 de noviembre de 2016, tuteló los derechos fundamentales invocados por la acción, y ordenó a la accionada IAC Gestión Administrativa que en el término de 48 horas, pague a la señora Delgado Torres de manera total la liquidación del contrato de trabajo, junto con la indemnización de que trata el artículo 56 del CST; igualmente, desvinculó del trámite constitucional entre otros, a Cafesalud EPS y Saludcoop en Liquidación, por considerar que la convocante se encuentra vinculada a IAC por conducto de un contrato laboral, organismo que ha incumplido su obligación respecto al pago de acreencias laborales desde hace más de 6 meses; acotando igualmente, que el contrato de mandato celebrado entre IAC y Cafesalud no indicaba que aquella se encontraba operando como empresa de servicios temporales, para que se pudiera predicar una responsabilidad solidaria.

Determinación de fue objeto de confirmación por el Juzgado Segundo (2º) de Ejecución Civil del Circuito de Bucaramanga, en proveído del 15 de diciembre de 2016 (Cd. a folio 1066), por considerar que:

«(...) Sin duda, la intromisión del Juez constitucional se tornaba necesaria ante el advenimiento de la causación de un perjuicio irremediable ante el no pago de la liquidación a que tiene derecho la señora DELGADO TORRES por la terminación del contrato de trabajo, ello por cuanto la liquidación se convertía en su único sustento mientras conseguía otro trabajo y como no se encuentra acreditado que para la hora en que se profiere este fallo, la accionante hubiera recibido el pago de la liquidación o que hubiera conseguido trabajo, como ya se dijo la sentencia de primera instancia debe confirmarse.



Contrario a lo expuesto por la accionada, no se acreditó que la señora ESPERANZA DELGADO TORRES no ostentara la condición de madre cabeza de familia y mucho menos que la no cancelación de las prestaciones económicas que fueron liquidadas por la accionada y no pagadas no constituyeran su único sustento. Aunado a ello no es posible ordenar a CAFESALUD EPS que cancele las obligaciones que corresponde a IAC GESTION ADMINISTRATIVA en tanto no existe prueba aquí de un contrato realidad entre la EPS y la accionante, además de aparecer acreditado aquí que el empleador fue la accionada. (Subraya la Sala).

Acorde a lo anterior, procede esta instancia a resolver el *sub lite* puesto a su consideración, estableciendo en primera medida y para claridad de las partes la norma que instituyó la figura procesal de la cosa juzgada, que no es otra diferente al art. 332 del Código de Procedimiento Civil que señaló:

«ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*
(...)»

De conformidad, con lo señalado por el legislador, se tiene que la cosa juzgada procede cuando existe una sentencia ejecutoriada, proferida en un proceso contencioso judicial, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto “*eadem res*”, se funde en la misma causa que el anterior “*eadem causa petendi*” y, que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes “*eadem conditio personarum*”.

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia. En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante



ante el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación².

Ahora bien, en tratándose de fallos judiciales que se adoptan en sede de tutela que amparan de manera definitiva los derechos fundamentales, debe decirse que tienen la virtud de proyectarse sobre el proceso ordinario y constituir cosa juzgada constitucional, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2574-2021 M.P. Fernando Castillo Cadena, pues al reiterar lo indicado en sentencia CSJ SL15882-2017, expuso:

«(...) Otra precisión. La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.

*La coherencia del sistema jurídico se asegura en la medida en que cada uno de sus enunciados normativos es compatible entre sí, lo cual se vería comprometido si se aceptara que al abrigo de las normas constitucionales un sujeto tiene un derecho pero en el nivel legal no lo tiene. **Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.***

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la

² H. Corte Constitucional T-185 de 2013



coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho.

Queda a salvo, desde luego, la posibilidad de enervar la cosa juzgada a través de la acción de revisión prevista en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 frente a providencias judiciales –en su sentido amplio– que «hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza», siempre que se den las condiciones y requisitos consagrados en esa disposición, pero ello es otro tema, como también lo sería aquellas decisiones corroídas por fraude». (Subraya la Sala).

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con la acción de tutela que fuere resuelta por el Juzgado Primero (1º) Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga y confirmada por el Juzgado Segundo (2º) de Ejecución Civil del Circuito de Bucaramanga, límite subjetivo que coincide en ambos juicios, pese a que en la presente causa se vinculan otras personas jurídicas, como lo son Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso, pues lo cierto es que en ambos tramites comparecieron IAC Gestión Administrativa, Cafesalud EPS y Saludcoop EPS OC.

Respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* salta evidente la concurrencia de tal requisito, aun cuando las pretensiones de la acción de tutela no resultan ser un calco de los pedimentos de la demanda aquí impetrada; y ello por cuanto la solicitud de amparo constitucional, al implicar un reclamo de las acreencias laborales que en este proceso también se discuten, generó un pronunciamiento del Juez Constitucional sobre la existencia del contrato de trabajo por los extremos que aquí también se ponen a consideración, esto es, desde el 10 de julio de 2014 hasta el 7 de marzo de 2016, y la definición del empleador de esa relación laboral, que a juicio del juez de tutela lo fue IAC Gestión Administrativa y no Cafesalud EPS, a la luz del principio



de la realidad, lo cual coincide claramente con el pronunciamiento que en este trámite ordinario se persigue, al rogársele al Juez Laboral Ordinario el reconocimiento del mismo contrato de trabajo, pero con otro patrono, esto es, el empleador Cafesalud EPS y Saludcoop EPS.

Por manera que, al existir un pronunciamiento definitivo en sede de tutela, que definió claramente la existencia de la relación laboral de la demandante, considerando como empleador a IAC Gestión Administrativa, con el consecuente reconocimiento a cargo de este organismo, de la liquidación final de acreencias laborales y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, no puede la Sala volver sobre el mismo asunto, para radicar tal obligación de manera principal a personas jurídicas distintas, como lo son Cafesalud EPS y Saludcoop EPS OC, según así se pretende en la demanda y se insiste en la alzada propuesta por la activa, porque ello conllevaría el desconocimiento de una decisión judicial que ostenta el carácter de inmutable e intangible, al ser excluida de revisión por la Corte Constitucional, según da cuenta la decisión de fecha 2 de agosto de 2017 que obra en el expediente de tutela (Cd. a folio 1066), y que por lo mismo, constituye cosa juzgada constitucional, cuyos efectos se irradian en el proceso ordinario, como así lo tiene establecido nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A-quo* resultó acertada, al declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional, sobre los pedimentos puntuales relativos a la existencia del contrato de trabajo, el reconocimiento de la liquidación final de prestaciones sociales y la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, al estar facultada la funcionaria judicial para el efecto.

Lo antepuesto también deriva, de la evidente constatación entre los hechos reclamados y las determinaciones judiciales emanadas dentro



del curso de la acción de tutela 2016 00154, donde se estableció desde el cuerpo de la demanda la falta de reconocimiento de las acreencias sociales adeudadas a la accionante al momento del finiquito laboral.

Al punto, innegable resulta traer al debate la determinación de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL 12686 de 7 de septiembre de 2016, al enseñar sobre el particular:

«Sumado a lo anterior, no es cierto que los hechos del proceso anterior y, tras ello, su causa, fueran diametralmente opuestos a los discutidos en este proceso, como lo aduce la censura, pues, contrario a ello, en los dos escenarios se planteó una base fáctica fundamentalmente idéntica, en la medida en que se trataba de una misma relación laboral, de un mismo despido sin justa causa y del mismo tiempo de servicios que, en los términos de la demandante, le daban derecho a obtener una pensión sanción, al amparo de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Además de ello, en el anterior proceso sí se discutió el hecho de la afiliación de la trabajadora al sistema general de pensiones, pues el Tribunal, en esa ocasión, recalcó que «...aparece demostrado que se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones y que cotizaba a la Caja de Previsión del Distrito...» (fol. 221).

(...)

Vale la pena advertir, por otra parte, que no por el hecho de que en la actual demanda se hubieran incluido diferencias sutiles respecto de la anterior, en torno a los hechos relacionados con la afiliación de la trabajadora al sistema general de pensiones, se dejaban de constituir los elementos esenciales de la cosa juzgada, pues, como lo ha adocinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción, no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable (Ver CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819 y CSJ SL17406-2014).

(...)»

De lo expuesto se sigue, que atendiendo los parámetros enseñados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias en cita, en manera alguna resulta viable entrar a dilucidar



un asunto ya definido, pues de ello ejecutarse comportaría aquel impedimento de replantear un asunto y a la vez, re juzgar lo ya concretado.

Motivo que conduce a confirmar la decisión sobre este aspecto, no si antes precisar que, si bien como se dijo, a la presente acción se vincularon nuevas demandadas, esto es, las Cooperativas de Trabajo Asociado Soluciones y Alternativas de Mercado Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso, para que se les condenara como responsables solidarias por su calidad de accionistas de IAC Gestión Administrativa, lo cierto es que tal pedimento tampoco puede ser dilucidado, en la medida que se formuló como consecuencia de la declaración del contrato de trabajo realidad propuesto con Cafesalud EPS y Saludcoop EPS OC y de la presunta responsabilidad de IAC como simple intermediaria, que se *itera*, no puede analizarse en el *examine*, en respeto de la decisión del Juez Constitucional que configura cosa juzgada constitucional.

UNIDAD DE EMPRESA

Disiente la apelante Saludcoop EPS OC en Liquidación de la determinación del Juzgado de Conocimiento, pues al analizar la figura de la unidad de empresa -no debatida en la acción de tutela 01 2016 00154-, encontró acreditada la misma, y en consecuencia, le condenó como responsable solidaria de las prestaciones concedidas en sede de tutela a favor de la aquí demandante y a cargo de IAC Gestión Administrativa, pese a existir independencia administrativa, financiera y técnica entre las citadas entidades y al no existir respaldo en las normas comerciales que regulan el grupo empresarial, ni en las normas sustantivas laborales que estatuyen la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra o de los miembros de las sociedades de personas y de los condueños o comuneros.



Sobre el particular, ha de decir la Sala que la decisión que se controvierte fue respaldada por la falladora de primera instancia en la existencia de una unidad de empresa entre Saludcoop EPS OC e IAC Gestión Administrativa, y no en la concurrencia de un grupo empresarial, o de las responsabilidades solidarias de que tratan los artículos 34 y 36 del CST, y que resultan ser figuras distintas a aquella.

Y es que la figura jurídica de la unidad de empresa, se concreta en la regulación establecida en el artículo 194 del CST, que la define de la siguiente manera:

«1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades independientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que corresponda a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rigen en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo (...).»

La Corte Suprema de Justicia al referirse a la figura jurídica en referencia, indicó en la sentencia SL15966-2016, que:

(...) según la jurisprudencia de esta Sala, plasmada entre otras, en sentencia CSJ SL, 16 dic. 2009, rad. 32212, dicha figura:

(...) consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere



como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, **es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley**. (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047).

Para efectos laborales, la Corte en sentencia CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, señaló que la declaratoria de unidad de empresa,

(...) propende por impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador, a través de la fragmentación del capital o del tiempo necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en las convenciones colectivas.

Su finalidad inequívoca es la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas.

Afirmar la existencia de una unidad económica y, en tránsito por esa vía, romper la apariencia de varios dueños, que se presenta a través del fraccionamiento del capital, para establecer la unidad patrimonial de la explotación económica, es el trascendental designio de la declaratoria de unidad de empresa.

(...)

De lo anterior, se tiene que, tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el sub lite, para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. Ahora bien, esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura, tal como lo ha sostenido esta Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL6228-2016 y CSJ SL6313-2016. (Subraya la Sala).

En ese sentido, concluye la Alta Corporación que necesariamente hay unidad de empresa, cuando se verifica en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, lo cual difiere de la figura del grupo empresarial de la que se habla en el campo comercial, pues conforme al artículo 260 del Código de Comercio y los artículos 26 y 28 de la Ley 222 de 1995,



los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito y dirección.

Bajo ese contexto, debe insistir la Sala que el Juzgado de Conocimiento, para derivar la responsabilidad solidaria de Saludcoop EPS OC, no se respaldó en el concepto de grupo empresarial que también coocurre en el *examine* y que conlleva otro tipo de responsabilidades, ni mucho menos en la solidaridad consagrada en los artículos 34 y 36 del CST, pues en realidad lo que constató, tal como se pidió en el libelo genitor, fue la existencia de una unidad de empresa, encontrando que en efecto dicha figura debía declararse entre Saludcoop EPS OC como matriz e IAC Gestión Administrativa como filial o subordinada, en tanto que entre ambas entidades se podía advertir la existencia de actividades complementarias, a más que se encontraba probado el predominio económico de Saludcoop sobre IAC, al concurrir como socio en más del 50% de los aportes sociales.

Aspectos estos que no se encuentran debatidos por entidad promotora recurrente, y que en todo caso se constatan por la Sala de Decisión al analizar el material probatorio allegado a las diligencias, pues nótese que conforme al acta de constitución de la Institución Auxiliar de Cooperativismo Gestión Administrativa, Saludcoop EPS OC efectuó un aporte social de \$7.000.000 sobre un total de \$10.000.000 (fls. 116 a 120).

A más de ello, se tiene que según el objeto social, IAC Gestión Administrativa se dedicaba a la prestación de todos los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que cualquier persona natural o jurídica requiera, y en especial, la que las entidades promotoras de salud deben adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas



las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud a sus afiliados (fl. 39 y vuelto), actividades que son conexas a aquella que se designa en el objeto social de Saludcoop EPS OC, relativa a la afiliación y el registro de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad de garantía (fl. 56 y vuelto).

De suerte que, contrario a lo indicado en la alzada, no puede concluirse que IAC Gestión Administrativo representaba un organismo independiente y autónomo, y de esta manera no endilgarse ninguna responsabilidad a Saludcoop, dado que al concurrir la figura de la unidad de empresa, dicha entidad promotora de salud debe asumir las obligaciones laborales de la aquí demandante, incluso de manera principal, según emana de lo referido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL6228-2016 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, al indicar que:

«La Sala en sentencia de la CSJ, 16 dic. 2009, rad. 32212, rememoró que «la unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en el ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)».

Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.



Es por ello, que cuando concurre el citado elemento del predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, **siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores.**» (Subraya la Sala).

Pese a lo expuesto, como quiera que el Juzgado radicó una responsabilidad solidaria en cabeza de Saludcoop EPS OC, respecto de las acreencias laborales reconocidas en la acción de tutela 2016-154 a favor de la actora, de las cuales dicho sea de paso, se acredita el pago de la liquidación final del contrato de trabajo conforme a la documental allegada por la activa (fl. 1061); no es procedente efectuar su modificación en detrimento de la citada, por tener la calidad de apelante único sobre este aspecto.

Dimanado en la confirmación del fallo opugnado.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario promovido por **ESPERANZA DELGADO TORRES** contra **SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADO EFECTIVA CTA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS S.A. y SALUDCOOP EPS OC EN**



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

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **ELOISA DE LA VICTORIA MÉNDEZ** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

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

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

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

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

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



A U T O

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ELOISA DE LA VICTORIA MÉNDEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el valor total de los aportes consignados en su cuenta de ahorro individual, junto con los correspondientes rendimientos; ordenar a Colpensiones recibir los aportes trasladados por la AFP llamada a juicio y reconocerla como válidamente afiliada al RPM. (subsanción demanda fls. 50 a 51).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 36 a 37 del informativo, que en síntesis indican que nació el 2 de marzo de 1955, además comenzó a cotizar para pensión el 24 de marzo de 1983, por intermedio de su empleador Hospital Marco Felipe Afanador del



municipio de Tocaima. Que posteriormente se afilió al ISS y, por último, el 1° de febrero de 2001, a la AFP Horizonte hoy Porvenir, pues el asesor de dicha sociedad le indicó que el ISS iba a desaparecer y en el RAIS podría obtener unos rendimientos mayores, al igual que pensionarse de manera anticipada, sin que se le informaran las desventajas del traslado, o las consecuencias que dicho acto generaría en su futuro pensional.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el negocio jurídico celebrado entre las partes generó obligaciones recíprocas dentro las cuales estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado, en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza de la actora para informarse de las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimiento que fundamenten la declaratoria de nulidad, máxime si obra en el expediente prueba del formulario de afiliación, así como la relación de cotizaciones efectuadas a la AFP del RAIS que soportan esa decisión de traslado efectuada por la demandante. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó buena fe en las actuaciones de Colpensiones, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, no observancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado



por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción y la genérica. (fls. 151 a 166).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la demandante al RAIS es válida, en tanto le fue suministrada información clara y suficiente de manera verbal por parte del asesor comercial, y es por ello que, suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones. Agrega que en todo caso las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran claramente establecidas en la ley, por lo que, si la activa hubiere sido una persona diligente, habría podido constatar además de la información otorgada en su momento, las condiciones del régimen por ella seleccionado. Concluye afirmando que la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la nulidad de la afiliación, y pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de la AFP, ya que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 75 a 95).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. suscrita el 30 de noviembre de 2000; **declarar** que para todos los efectos legales la actora nunca se vinculó al RAIS, pues contrario a ello siempre estuvo en el RPM; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración; **ordenar** a Colpensiones a recibir a la demandante, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar Porvenir S.A.; **declarar** no probada la excepción de prescripción y **sin condena** en costas. (Cd. a folio 206).

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 Horizonte hoy Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto



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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la demandante realizó el traslado al RAIS de manera consciente y voluntaria; sumando a ello que, no concurren los requisitos para acceder a la nulidad deprecada y el consecuente retorno al RPM, en tanto que la demandante no cuenta con 750 semanas de cotización. Agrega que la actora no ejerció su derecho a regresar a Colpensiones dentro de la oportunidad legal en que podía hacerlo, pues de lo contrario Colpensiones hubiere analizado su solicitud de afiliación. Concluye afirmando que la activa no hizo ninguna gestión tendiente a informarse sobre la decisión que le era más favorable de cara a su futuro pensional.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, la Corte Suprema de Justicia ha establecido de manera clara que su precedente no debe aplicarse de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, puesto que debe existir una similitud en las condiciones fácticas en cada caso, lo cual no ocurre en el *sub examine*, dado que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria e informada, después de recibir una asesoría por parte



de la AFP, en los términos establecidos por la normatividad vigente para la época. Añade que el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, y se ha hecho más exigente a través del tiempo, de suerte que la asesoría requerida por el Juzgado de Conocimiento, el deber de buen consejo, e incluso la doble asesoría, no le era exigible a la AFP convocada para la data del traslado, en la que tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría y mucho menos realizar proyecciones pensionales, al surgir estos requerimientos con mucha posterioridad. Así, resalta que el *a quo* realizó una indebida interpretación de la norma aplicable al caso, pues conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de símil año, únicamente debía indicársele a la actora sobre características y accesos a los servicios del régimen, en aras de impedir una coacción en la celebración del acto jurídico, de suerte que la activa sí recibió la información, al punto que ella misma mencionó que conocía algunas de las características del RAIS y que preguntó sobre los beneficiarios que podía incluir en su afiliación. Indica que la demandante adicionalmente suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos previstos en la ley y las exigencias de la Superintendencia Financiera, a más que manifestó de manera expresa que su vinculación se efectuaba de manera libre y voluntaria.

Refiere que para la data del traslado no era posible determinar las consecuencias o desventajas de un derecho pensional del que no se tenía certeza sobre su consolidación, acotando que la inconformidad



de la actora radica en el valor de su mesada pensional, la cual no constituye una razón suficiente para declarar una ineficacia del traslado al ser claro que para la época se desconocía el valor de la misma, e incluso, si la demandante reuniría los requisitos para su reconocimiento. En lo que se refiere a la condena impuesta por concepto de gastos de administración, señala que la misma no es procedente, dado que no resulta coherente aplicar la figura de la ineficacia en diferentes sentidos, pues si se entiende que el negocio jurídico nunca se realizó, los frutos obtenidos por la gestión de la AFP nunca se generaron, motivo por el cual es improcedente ordenar la devolución tanto de los rendimientos financieros junto con los gastos de administración y las sumas previsionales. Indica que la decisión judicial debe considerar el principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema, por tanto, no es viable efectuar traslados sin el monto de los aportes necesarios en cada régimen pensional, a más que el Juzgador debe, en aras de mantener el orden legal, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de acceder a solicitudes de traslado, aun cuando los afiliados no cumplen con los requisitos para el efecto. Agrega que la decisión también debe soportarse en criterios técnicos que permitan determinar que no se generará una afectación al RPM a la luz de los principios de universalidad y eficiencia. Señala que pese a la existencia del artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, no se entiende por qué el Juzgado incluye conceptos que no pueden ser trasladados al RPM, amén que esas sumas se descontaron por así disponerlo la ley, con el fin de garantizar entre otras cosas, el pago de las prestaciones económicas que surgen ante la concurrencia de los riesgos de invalidez y muerte, por manera que ordenar su devolución,



implicaría entender que la demandante no estuvo protegida por la aseguradora frente a tales riesgos, lo cual no se ajusta a lo que en realidad ocurrió.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, señala que es obvio que la información que recibió la señora ELOISA DE LA VICTORIA, no acompañó todas y cada una de las etapas, entendiéndose estas desde la antesala de la afiliación hasta el momento mismo de determinar las condiciones para el disfrute de su pensión; además, no fue brindada de manera completa ni oportuna ni fue comprensible para el afiliado, lo cual se puede constatar en la manera como se expresa la activa cuando no comprende bajo qué circunstancias podía haber accedido a los beneficios que en principio le ofreció la asesora o vendedora del RAIS. Añade que para la época del traslado, es decir en el 2001, contaba con 18 años de tiempos laborados y era beneficiaria del régimen de transición, pues nació el 2 de marzo de 1955, y para cuando cobró vigencia la Ley 100 de 1993 para los entes territoriales, contaba con 40 años de edad años de edad. Concluyendo que los recursos de apelación deben ser desestimados en el presente caso.



A su turno, el apoderado de la **AFP PROVENIR S.A.**, solicita la revocatoria del fallo impugnado, por cuanto que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Asimismo, considera que el Juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Aduce que la orden respecto de la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

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, no se evidencia su agotamiento por la activa, por lo que este se entiende cumplido con la presentación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

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



INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de documento de identificación de la demandante (fl. 18); historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 19 a 20); formulario de afiliación diligenciado ante la AFP Horizonte (fl. 21); certificado de afiliación emitido por la AFP Porvenir (fls. 22 y 145); certificados de información laboral formatos 1, 2 y 3B (fls. 23 a 27); comunicación emitida por el



otrora ISS (fl. 53); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 96 a 97); historia laboral emanada de la AFP Porvenir S.A. (fls. 98 a 142); historia laboral para bono pensional (fls. 143 a 144 y 148), e interrogatorio rendido por la demandante (Cd. a folio 206).

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

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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



«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el párrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de



ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

24201900017 01 23

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



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

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

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba***



únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que



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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ 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 prestó sus servicios a favor de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador del 24 de marzo de 1983 al 31 de diciembre de 1993; posteriormente, efectuó cotizaciones a Caprecundi entre el 1° de enero de 1994 y el 30 de julio de 1995; igualmente, se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de agosto de 1995 hasta el 30 de enero de 2001, tal como se advierte de las certificaciones laborales y la historia laboral emitida por Colpensiones, que militan a folios 19 a 20 y 23 a 24, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 30 de



noviembre de 2000 (fl. 21); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; como da cuenta la certificación obrante a folio 145; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 21).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que unos asesores de la AFP Horizonte visitaron su lugar de trabajo, y en medio de una reunión grupal, se le indicó que debía afiliarse a dicha sociedad por cuanto el ISS iba a ser liquidado, lo cual podía generar incluso la pérdida de la pensión, de manera que ante el temor que ello le generó procedió a firmar el formulario de afiliación. Agregó que no se le informaron los beneficios del RAIS, ni tampoco que sus beneficiarios heredaran los aportes depositados en su cuenta de ahorro individual; que el gerente del hospital donde trabajaba les indicó que se afiliaran a la AFP, e incluso



cree que él también lo hizo. Indicó que desconoce si sus aportes generan unos rendimientos financieros y no tiene conocimiento sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS, además, sabe que la pensión en Colpensiones es de un monto mayor. (Cd. a folio 204).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su



traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia tal acto jurídico.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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

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

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que



cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

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



COSTAS.

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

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 Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ELOISA DE LA VICTORIA MÉNDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

24201900017 01 33

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

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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



A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderado sustituto a Simón Enrique Angarita Villamizar, identificada con C.C. No. 1.018.450.368 de Bogotá D.C. y portador de la T. P. No. 271.911 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora BLANCA HERMINDA ROMERO RODRÍGUEZ, solicita se declare la ineficacia de la afiliación a Protección S.A.; que siempre ha permanecido afiliada a Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados en la cuenta individual del demandante; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM y a actualizar la historia laboral; que se ordene a reconocer la pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas; que se ordene a Protección a pagar la diferencia entre las mesadas que le fueren reconocidas por dicha entidad y Colpensiones; que se condene al pago de las costas y agencias en derecho; derechos causados ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 6 a 8 de las diligencias, que en síntesis advierten, que efectuó aportes desde el 16 de enero de 1980 hasta el 30 de junio de 1999; desde julio de 1999



ha estado afiliada a Protección; que Protección no brindó una debida información a la demandante, respecto a su traslado de régimen; que se presentó reclamación administrativa el 21 de junio de 2019; que recibió respuesta de Colpensiones el 27 de junio de 2019.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no se encuentra acreditado que se hubiese hecho incurrir en error por parte de la entidad. Como medios **exceptivos**, propuso los de, descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (fl. 58).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la demandante se trasladó voluntariamente a la entidad y sin ningún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos**, propuso los de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; innominada o genérica; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; improcedencia de condena en perjuicios; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fl. 81).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 8 de julio de 2021, resolvió; **declaró** la ineficacia de la vinculación efectuada a Protección el 1 de julio de 1999; **condenó** a Protección a devolver la totalidad de los valores recibidos por la demandante; **ordenó** a Protección a trasladar al RPM todos los dineros de la actora; **ordenó** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la actora en el RPM; **declaró** que la señora Romero tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir 1 de febrero de 2021, en cuantía de \$2.239.616,²⁷; **condenó** a Colpensiones a pagar la suma de \$11.198.081,³⁵, por mesadas causadas hasta el 30 de junio de 2021; **absolvió** de las demás pretensiones a las demandadas; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **ordenó** la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Los anteriores supuestos en conjunto con las documentales arrimadas al plenario, corroboran el hecho de que el traslado de la accionante al RAIS sería ineficaz dado el incumplimiento del deber de información por parte del fondo tal como se desprende de todo el análisis que se está realizando en esta sentencia; respecto de los gastos de administración se tiene que el artículo 2 de la ley 797 de 2003 dispone: los costos de administración del sistema general de pensiones, permitirán una comisión razonable a las administradoras, se determinarán en la forma prevista en la presente ley. Así las cosas, sin embargo, en relación a los efectos de ineficacia es claro que si las cosas vuelven al estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioro del bien administrado, como son los gastos de administración, porque al declararse la ineficacia como consecuencia de la conducta de la Administradora por dejar de brindar la información al afiliado, véase SL 2877 del 2020.

...

Ahora frente al requisito de las semanas exigida y visualizado en el reporte de semanas cotizadas al sistema general de pensiones, visible en los archivos 24 del expediente digital, se tiene que la demandante el 16 de marzo del 2021 fecha de la expedición del último reporte, contaba con



1976, 15 semanas de lo que confirma sin dubitación alguna que Blanca Ermindia Romero Rodríguez cumplió también con el requisito de las densidades de las semanas cotizadas necesarias, pues solo se requieren 1300 en cualquier tiempo. Se concluye así que la demandante a la presente fecha tiene configurado su derecho pensional; así las cosas le asiste derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003, en la forma como se indicara a continuación, de acuerdo a las previsiones del artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 del 2003, procede el despacho a liquidar de la siguiente forma...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante, a través de apoderado judicial solicita se modifique el numeral 6 de la sentencia, relativos al reconocimiento de la pensión de vejez, en dos aspectos, encontrándose inconforme con el IBL, al considerar que este es superior al fijado por el A quo, consecuencia de lo anterior, se debe modificar el numeral 7 de la sentencia, respecto al retroactivo causado a favor de la actora.

La apoderada de **Colpensiones**, centra su oposición frente a la sentencia, al considerar que no hubo una adecuada valoración probatoria, ya que para la fecha en que ocurrió el traslado, no existía el deber de información y la asesoría brindada por la AFP es difícil de acreditar por parte de las administradoras; que la demandante confesó que si hubo una asesoría frente al traslado de régimen; que la actora pudo solicitar asesoría, hacer uso del derecho de retracto o manifestar su deseo de retornar al RPM; que se está en curso una petición anticipada en lo atinente al reconocimiento de la pensión, al no haberse efectuado la reclamación frente a tal pedimento; así las cosas solicita se revoque la decisión.



El apoderado de **Protección**, interpone recurso de apelación, respecto a la tasa de reemplazo superior a la legalmente establecida; por otro señala que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que dicho rubro, se encuentran destinados a pagar seguros previsionales y los gastos de administración; que a la cuenta de la demandante se han generado rendimientos generados por la buena gestión de la entidad.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, solicita se modifique el numeral 6 y 7 de la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que, el Ingreso Base de Liquidación es superior al fijado por el juzgado de conocimiento; que el único documento para acreditar el deber de información aportado, es el formulario de afiliación y este es insuficiente para acreditar el cumplimiento de las obligaciones de la AFP.

La demandada, **Colpensiones**, a través de apoderado judicial solicita se absuelva a la entidad de las condenas impuestas, al estimar que, la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM; que no se demostraron los vicios del consentimiento; que la nulidad fue alegada fuera del plazo establecido legalmente y por ende este se encuentra saneado; que no es posible probar hechos ocurridos en el año de 1999; que los fondos de pensiones solo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario para probar el consentimiento del afiliado; que el RPM se descapitalizaría al no recibir



aportes que contribuyan al reconocimiento prestacional de una persona que no estaba aportando a dicho sistema y los cuales se beneficiarían a costa de los demás afiliados.

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 20 y a la cual se dio respuesta el 27 de junio de 2019 en forma desfavorable a la actora (fl. 26).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Blanca Herminia Romero Rodríguez al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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, reclamación adminsitrativa realizada ante Colpensiones el 21 de enero de 2019 (fl. 20); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 23); respuesta de Colpensiones frente a la solicitud de traslado (fl. 26); copia de derecho de petición incoado ante Protección (fl. 28, 126); respuesta de Protección a derecho de petición (fl. 29); historia laboral emitida por Protección (fl. 33, 114, 129); formulario de afiliación a AFP Davivir suscrito por la demandante el 1 de julio de 1999 (anverso fl. 33; 100 y 128); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 41); expediente administrativo emitido por Colpensiones (fl. 76); resumen de historia laboral emitido por el Ministerio de Hacienda;



certificado de Asofondos – SIAFP (fl. 103); reporte estado de cuenta emitido por Protección (fl. 104); copia de fallo de tutela emitido por el Juzgado 7 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple (fl. 123); reclamación de bono pensional (fl. 136).

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial,



estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de enero de 1980 hasta el 30 de junio de 1999, tal como se advierte de la historia laboral que fue allegada por la parte actora y se corrobora con el certificado SIAFP, para luego trasladarse a la AFP Davivir, quien a su turno fue absorbida por el grupo Santander, quien a su turno fue adquirido por ING y a su turno dicho fondo por Protección S.A., fondo, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones;



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

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación a Davivir (fl. 33, 100 y 128).

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 *«... eso fue en el año 1999 y me hizo una pequeña charla en la oficina de recursos humanos en la empresa, me dijo que el seguro Social se iba a acabar, que se perdían mis semanas cotizadas, bastante tiempo ya y para que eso no sucediera me debería pasar a los fondos privados y que ellos estaban ahí para recibir mi afiliación a Davivir, que en los fondos me iba a pensionar con una pensión mucho más alta...»*; que no le hicieron un comparativo donde pudiera revisar los montos pensionales que podrían reconocérsele en los diferentes regímenes, ya que el asesor fue insistente en informar que el Seguro Social se acabaría.

Respecto al monto de la mesada pensional le informaron que *“mi pensión iba hacer más alta, y que posiblemente me iba a pensionar mucho más joven”*, que le informaron que se abriría una cuenta a su nombre, pero no que los aportes pensionales generarían rendimientos financieros; ni tampoco le explicaron que pasaría en caso de que falleciera; que a pesar de que



suscribió el formulario de afiliación en forma voluntaria “...*realmente si usted me dice que alguien me estuviera presionando o me estuviera coaccionando para que firmara no, pero si es de anotar que, si a mí me dicen que mi tiempo se va a perder, que el Seguro Social se acaba y que si no me afilio a un fondo privado mi tiempo se me va a perder bastante tiempo que tenía cotizado ya, pues obviamente firme por eso la afiliación al fondo privado*” y a pesar de haber leído y diligenciado el documento, en este solo “*pedían mis datos personales, la composición de mi grupo familiar y ya, mi número de documento de identidad*”.

De acuerdo a la información suministrada por el asesor de la AFP, “...*si yo no me afiliaba a un fondo privado ese tiempo se iba a perder, que por lo tanto por eso era que ellos me ofrecían cambiarme al régimen de los fondos privados, para que no se perdiera ese tiempo*”.

Del interrogatorio de parte rendido por la demandante, en absoluto vislumbra esta Colegiatura una confesión sobre una asesoría idónea, completa y eficaz por parte de Protección S.A., ya que la información suministrada a la demandante al momento de su traslado resulta parcializada e insuficiente para adoptar una decisión informada frente al traslado de régimen.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas de las características del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Protección S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la



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

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Protección S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley y encuentran sustento en la debida administración de la cuenta de ahorro individual de la activa.

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 tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una



consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

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

DE LA PENSION DE VEJEZ

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

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que la demandante nació el 4 de enero de 1963, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 23 del informativo, lo que implica que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2020, así mismo, del reporte de semanas cotizadas que obran en el archivo digital (24 RESPUESTA DE PROTECCION A REQUERIMIENTO), se establece



que cotizo 1.976,¹⁵ semanas, superando así el mínimo de semanas requeridas por la norma.

Conforme a ello, es claro para la Sala que se cumple por parte de la de - mandante los requisitos exigidos por la norma que antecede para acceder a la pensión de vejez, la cual se liquidara conforme lo señalan los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado este último por el artículo 10 de la ley 797 de 2003.

Ahora bien, no se pasa inadvertido que el apoderado de Protección y la apoderada de la parte actora, manifestaron su oposición frente al Ingreso Base de Liquidación de la pensión y la tasa de reemplazo señalada por el juzgado de conocimiento, en tal aspecto, deberá indicarse que, conforme a las normas citadas, la pensión a partir del año 2005, se debe reconocer con una tasa máxima de reemplazo del 80%.

En lo atinente al Ingreso Base de Liquidación, se procedieron a realizar los cálculos aritméticos de rigor, arrojándose como primera mesada causada a partir del 1 de febrero de 2021, en cuantía de **\$ 2.169.828,06**, suma inferior a la reportada por la sentenciadora de primer grado, lo que lleva a modificar la sentencia en este aspecto, 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.

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 adicionará la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a la



Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a reconocer y pagar a la demandante por concepto de retroactivo pensional liquidado a partir del 1 de febrero de 2021 al 30 de septiembre de 2021, la suma de **\$17.358.624,⁴⁷**, de acuerdo a la siguiente liquidación;

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2011	330	73,450	105,48	1,436	\$ 1.455.545,45	\$ 2.090.278,21	\$ 22.993.060,31
2012	360	76,190	105,48	1,384	\$ 1.628.333,33	\$ 2.254.319,46	\$ 27.051.833,57
2013	360	78,050	105,48	1,351	\$ 1.909.666,67	\$ 2.580.802,56	\$ 30.969.630,75
2014	360	79,560	105,48	1,326	\$ 1.938.583,33	\$ 2.570.157,99	\$ 30.841.895,93
2015	360	82,470	105,48	1,279	\$ 2.089.416,67	\$ 2.672.385,96	\$ 32.068.631,50
2016	360	88,050	105,48	1,198	\$ 2.316.666,67	\$ 2.775.264,05	\$ 33.303.168,65
2017	360	93,110	105,48	1,133	\$ 2.651.334,50	\$ 3.003.573,87	\$ 36.042.886,44
2018	360	96,920	105,48	1,088	\$ 2.804.197,00	\$ 3.051.864,42	\$ 36.622.373,04
2019	360	100,000	105,48	1,055	\$ 3.040.530,75	\$ 3.207.151,84	\$ 38.485.822,02
2020	360	103,840	105,48	1,016	\$ 3.126.852,00	\$ 3.176.236,03	\$ 38.114.832,31
2021	30	105,480	105,48	1,000	\$ 3.100.001,00	\$ 3.100.001,00	\$ 3.100.001,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2021	\$ 329.594.135,54
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.746.617,80
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					79%
		Primera mesada					\$ 2.169.828,06
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2021					\$ 908.526,00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/02/21	30/09/21	1,61%	2.169.828,06	8,00	\$ 17.358.624,5
Total retroactivo				\$ 17.358.624,47	

De las mesadas causadas a favor de la demandante, deberá el ente de seguridad social realizar los respectivos descuentos del servicio de salud correspondientes.

COSTAS



Se confirma la decisión sobre costas impartida por el *A quo*. En esta instancia sin condena en costas, dadas las resultas de los recursos incoados por las partes intervinientes en el litigio.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 6° de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante **BLANCA HERMINDA ROMERO RODRÍGUEZ** la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2021, en cuantía inicial de **\$2.169.828,06**, por trece mesadas en el año.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral 7° de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de **BLANCA HERMINDA ROMERO RODRÍGUEZ**, la suma de **\$17.358.624,47** por concepto de retroactivo pensional liquidado hasta el 30 de septiembre de 2021.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO. COSTAS. Sin costas en esta instancia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.



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

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **ELENA WRIBIA ZORSA RAMÍREZ** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

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

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

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

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

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



A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ELENA WRIBIA ZORSA RAMÍREZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la igual que siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dineros, bonos, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación, a recibir los dineros provenientes de la AFP llamada a juicio, actualizar y corregir su historia laboral; condenar a la AFP Porvenir al reconocimiento y pago de los perjuicios morales estimados en 200 SMLMV; costas y agencias en derecho. (fl. 4).



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 y 6 del informativo, que en síntesis indican que nació el 7 de agosto de 1960. Refiere que se afilió al ISS desde el año 1978, y posteriormente, el 15 de diciembre de 1999, suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, sin recibir la información técnica y adecuada para el efecto, como tampoco advertírsele sobre los riesgos, modalidades de pensión, negociación del bono pensional, funcionamiento financiero del fondo privado y derecho a retractarse, pues únicamente le indicó el asesor de la sociedad llamada a juicio que en la misma su condición pensional sería mucho más favorable al generarse una mesada pensional superior al RPM, mismo que además iba a desaparecer. Que se presenta una diferencia en el valor de la mesada pensional que se reconocería en el RAIS y en el RPM. Indica que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado, peticiones que le fueron resueltas en sentido desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la accionante con la presente acción busca tener beneficios económicos; sumando a ello que, su traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, máxime que realizó cambios de AFP, como actos de ratificación tácita, conforme al artículo 1754 del CC, aceptando de esta manera las condiciones que hacen parte de dicho régimen. Añade que el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4 expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente



de su estatus pensional, e igualmente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó hecho de la víctima/afiliado; perfeccionamiento del acto inexistente; saneamiento de la nulidad; protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero; inexistencia del derecho; pago de lo no debido; prescripción y caducidad y la genérica (Cd. a folio 54).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la afiliación de la parte demandante, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, sin que se pueda obviar las calidades personales de la demandante al momento de realizar la afiliación, lo que le permitía sin lugar a dudas conocer y comprender las consecuencias de su elección. Añade que la parte actora manifestó al suscribir el formulario de afiliación con Porvenir S.A, ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, incluyendo aspectos relativos a bonos pensionales, así como su derecho de retracto; lo que sin duda constituye una ratificación del acto de traslado de régimen de pensiones. Refiere que a la demandante



siempre se le garantizó el derecho de retracto, como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año, ya que el 14 de enero de 2004, se publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes, de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe. (Cd. a folio 52).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de julio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 15 de diciembre de 1999 por intermedio de la AFP Porvenir, y en consecuencia, tener como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones; **condenar** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las



excepciones propuestas por las demandadas y **costas** a cargo de Porvenir y Colpensiones. (Cd. a folio 59).

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 a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Concluye que en el *examine* no se encuentran demostrados los perjuicios morales deprecados en el escrito de demanda, por manera que no es procedente reconocer a su favor la indemnización reclamada por tal concepto.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, con el paso del tiempo la demandante no realizó actos que indicaran una inconformidad de pertenecer al fondo privado y a la fecha cuenta con bastantes años de afiliación que implican una ratificación del acto jurídico de la afiliación al RAIS, conforme al artículo 1898 del Código de Comercio y sentencia SL413-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas.



A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no le asiste razón a la Juzgadora de primer grado, por cuanto no era obligatorio para la AFP brindarle la información a la demandante soportándola en documentos, a más que en efecto llevó acabo la asesoría exigida por el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la Circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual estableció como único requisito para tener por válido el acto de traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, como así ocurrió en el caso de la demandante, cumpliendo así la AFP con la totalidad de las obligaciones que se encontraban a su cargo, motivo por el cual la permanencia de la activa al RAIS ha sido producto de su decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado en el tiempo. Refiere que no puede concluirse una ineficacia sustentada en los vicios del consentimiento, teniendo en cuenta que Porvenir le brindó a la accionante una asesoría oportuna, que implicó una información amplia sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RPM y del RAIS y las condiciones de cada uno, tal como se aprecia en el formulario de afiliación suscrito por la activa hacia el año 1999, anualidad en la que las AFP además, no tenían la carga de suministrar documentos a los futuros afiliados relacionados con el cumplimiento del deber de información, pues tal obligación surgió con la Ley 1748 de 2014. Manifiesta que el formulario de afiliación es la prueba por excelencia de la asesoría brindada y de la aceptación de las condiciones



de la AFP; además, la actora en el interrogatorio de parte aceptó que conocía las condiciones de pensión de ambos regímenes, y en todo caso, se contradijo al decir que no agotó la vía gubernativa, lo cual es contrario a la realidad, dado que ello se encuentra demostrado con la documental que obra en el proceso. Alude que no es procedente la devolución de los gastos de administración, toda vez que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de la cotización para financiar los mismos, al igual que la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, por lo que no forman parte integrante de la pensión de vejez, amén que conforme a concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia en enero de 2020, en los casos en los que se declara la ineficacia de traslado, se debe ordenar la devolución con destino a Colpensiones de los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros. Concluye indicando que la devolución de los gastos de administración implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, toda vez que no existe norma constitucional ni legal que disponga la remisión de esos dineros hacia el administrador del RPM; sumando a ello que debió declararse la prescripción sobre los gastos de administración, las primas de seguro y toda suma diferente al capital y los rendimientos financieros del afiliado, por no pertenecer a ninguno de los regímenes pensionales y no estar destinados a financiar la pensión de vejez, lo que impide que gocen del carácter de imprescriptibilidad.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo solicita se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que la misma se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes, en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019, SL1688-2019, SL 1689-2019, STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento del deber de información. Señala que el fondo privado demandado Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, no aportó ninguna prueba del cumplimiento de su deber de información, pues además de no presentar ningún documento o testimonio que soportara el cumplimiento de sus deberes, no controvirtió probatoriamente las afirmaciones y negaciones indefinidas en el escrito de la demanda, por lo tanto, deben ser tenidas como ciertas.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la confirmación de la sentencia de primera instancia aduciendo que 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. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es



procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, a la demandante se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

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



CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, mediante la solicitud elevada ante Colpensiones visible a folios 28 a 29.

PROBLEMA JURÍDICO

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



INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de documento de identificación de la demandante (fl. 11); formulario de afiliación diligenciado ante la AFP Porvenir (fl. 12 y Cd. a folio 52) historia laboral emitida por la AFP Porvenir (fls. 13 a 19 y Cd. a folio 52); historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 20 a 22); historia laboral para bono pensional (fls. 23 a 25 y Cd. a folio 52); simulación



pensional proferida por la AFP Porvenir (fl. 26); derechos de petición elevados antes las demandadas y sus respuestas (fls. 27 a 33); certificado de afiliación emitido por la AFP Porvenir (Cd. a folio 52); historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (Cd. a folio 52); comunicados de prensa (Cd. a folio 52); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 54) e interrogatorio rendido por la demandante (Cd. a folio 59).

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

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



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

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

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

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



allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)

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

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

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

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

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



dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

28202000138 01 24

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a



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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

28202000138 01 26

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos



de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de octubre de 1978 hasta el 12 de diciembre de 1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones, que milita a folios 20 a 22, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 15 de diciembre de 1999 (fl. 12); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como da



cuenta la certificación obrante en el medio magnetofónico visible a folio 52; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 12).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que fue visitada en su lugar de trabajo por los asesores de la AFP demandada, quienes le indicaron en una reunión individual, que la sociedad tenía bastante solidez y respaldo, por lo que le convenía trasladarse a ella, en donde su pensión de vejez sería igual a la que le ofrecía el régimen de prima media. Agregó que no se le indicaron las condiciones de pensión en el RPM, pues solamente se le señaló que en el RAIS requería las semanas normales de ley y los aportes; que no se le refirió qué pasaría con sus aportes en caso de fallecer; que tampoco conocía los requisitos para pensionarse en el ISS y no le mocionaron la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, ni



mucho menos la existencia de unos rendimientos financieros. Indicó que se afilió a Porvenir de manera libre porque creyó en lo que le dijo el asesor (Cd. a folio 59).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia tal acto jurídico.



Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de los rendimientos financieros y los descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada AFP Porvenir S.A., al considerar que la ineficacia de traslado no puede generar tal consecuencia, pues esas deducciones se encuentran soportadas en la ley para ambos regímenes pensionales y generarían 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 cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante al censurar la condena por concepto de devolución de rendimientos, gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar tales valores.

En lo referente a la prescripción en torno 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).

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

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

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 Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en



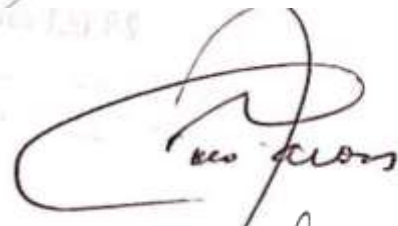
audiencia pública virtual celebrada el 26 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ELENA WRIBIA ZORSA RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

28202000138 01 35

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CECILIA QUIJANO DE ORTIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y LA **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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



A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderado sustituto a Winderson José Moncada Ramírez, identificado con C.C. No. 1.232.398.851 de Cúcuta y portador de la T. P. No. 334.200 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora CECILIA QUIJANO DE ORTIZ, solicita se declare que tiene derecho a que su mesada pensional sea acrecentada.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a acrecentar la mesada pensional; a reconocer el retroactivo pensional desde el 16 de octubre de 2015; a indexar la mesada pensional; a reconocer los derechos que se encuentren probados conforme a las facultades ultra y extra petita; al pago de costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 4 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el 11 de enero de 1976 falleció Guillermo Ortiz Manrique; que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que mediante Resolución No. 4311 de 1976 la entidad le reconoció la pensión a ella y a sus menores hijos; que al cumplir los 18 años sus hijos, la pensión no le fue acrecentada a su favor; que en octubre de 2018 se solicitó el acrecimiento de la mesada pensional, pero a la fecha de presentación de la demanda no se había recibido respuesta al respecto.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIO-**



NES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que, el formulario de afiliación fue suscrito por la demandante en forma libre y voluntaria. Como excepciones de mérito o de fondo, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica (fl. 123).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la entidad ha reconocido el 100% de la pensión de sobrevivientes, a partir del 1 de noviembre de 2018, cuando se radicó la solicitud por parte de la demandante. Como medios **exceptivos**, propuso los de, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe, declaratoria de otras excepciones (CD Archivo 02. Contestación 30 2019-649).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de julio de 2021, resolvió; **condenar** a Colpensiones, a reconocer a favor de Cecilia Celmira Ortiz Quijano e Ignacio Ortiz Quijano en calidad de sucesores procesales de Cecilia Quijano de Ortiz (q.e.p.d.) la suma de \$81.833.303, correspondiente a retroactivo causado desde el 16 de octubre de 2015 hasta el 7 de mayo de 2021, fecha de fallecimiento de la demandante; **declaró** no probados los medios



exceptivos; **condenó** en costas a la demandada; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios:

“...En la respuesta allegada por la administradora de pensiones Colpensiones al requerimiento efectuado, indicó que no era posible certificar la fecha a partir de la cual se acrecentó la pensión de sobreviviente a la demandante, por cuanto no se encuentra registrada la información de los hijos en la nómina de pensionados.

Al sentir de este operador judicial teniendo en cuenta las pruebas analizadas, en la resolución proferida por Colpensiones en el año 2020, debió acrecentar la pensión de la demandante pues fue en ese momento que tuvo conocimiento de la mayoría de edad de los hijos del causante, es decir la pensión de sobreviviente, y como se indicó no obra prueba alguna en el expediente que efectivamente Colpensiones haya reconocido el 100% de la pensión a la demandante como legalmente le corresponde, por lo expuesto habrá de condenarse la administradora de pensiones Colpensiones a reconocer a los sucesores procesales de la señora Cecilia Quijano de Ortiz, la suma total de \$81.833.303, que corresponde al retroactivo pensional causado desde el 16 de octubre de 2015 al 7 de mayo de 2021, fecha en que falleció el demandante, es decir por el porcentaje que no se le incremento a la señora Cecilia Quijano de Ortiz en su momento...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la decisión de primera instancia, al considerar que la entidad reconoció y liquidó la pensión conforme a derecho y que la señora Quijano de Ortiz percibía el 100% de la mesada pensional.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



El apoderado de **Colpensiones** solicitó se revocara la sentencia de primera instancia, al estimar que la normativa establece los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en acto administrativo expedido por la entidad, esta señaló que estaba reconociendo el 100% de la prestación; que también se debe revocar la condena en costas, ya que la entidad ha cumplido las disposiciones legales.

Los **demandantes** a través de su apoderada judicial, solicitan se confirme la sentencia, ya que a la señora Cecilia Quijano no le fue acrecentada la mesada pensional una vez sus hijos cumplieron la mayoría de edad.

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 28 del cartulario.

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A y 69 del C.P.T y la S.S., esta Sala procede a analizar si la señora Cecilia Quijano De Ortiz, en su condición de cónyuge supérstite del causante, se le debía reconocer la mesada pensional en forma completa, en caso de ser afirmativa esta premisa, se deberá establecer si esta fue pagada por Colpensiones y en



caso de no ser ello así, se deberá fijar el monto del retroactivo causado a favor de la *de cujus*.

STATUS DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionada que ostentaba la señora Cecilia Quijano de Ortiz (q.e.p.d.), desde marzo de 1976, conforme a lo dispuesto en la Resolución 4311 del emitida por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en el que le fue reconocida la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su cónyuge, señor Guillermo Ortiz Manrique (q.e.p.d.), prestación que le fue reconocida en cuantía de \$2.406,²⁸, equivalente al 45,26%, dado que el porcentaje restante fue distribuido entre sus tres hijos menores de edad para dicha época.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto al ingreso base de liquidación, de la pensión de sobrevivientes reconocida a la demandante, resta por establecer si le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de la mesada pensional en forma íntegra y no en el porcentaje inicialmente reconocido por el ente de seguridad social, acorde a lo dispuesto en el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

Así, en aras de desatar el objeto de la Litis planteada, se debe precisar que, al reconocer el Instituto de los Seguros Sociales la prestación pensional de la demandante bajo los apremios legales enunciados en forma precedente, surge imperioso para la Sala establecer la procedencia de tal aspiración.



Ahora bien, el artículo 21 de la normativa enunciada, establece que *“La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuestos en el artículo 16 del presente reglamento...”*.

De este modo, para el caso de autos, se tiene que a la demandante le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en un 45,46% y a favor de sus tres hijos, quienes para dicha data eran menores de edad.

Pese a lo anterior, señaló la demandante en el libelo genitor que una vez sus hijos fueron cumpliendo la mayoría de edad, su mesada pensional no fue incrementada y consecuencia de ello, fue perdiendo parte de su ingreso, sin embargo, tan solo en el año 2018, reclamó, el pago de las mesadas considera son adeudadas por Colpensiones.

Revisado el haz probatorio recaudado en el decurso del proceso, se tiene que, no fue allegado comprobante de pago efectuado por la demandante desde el año 2015 (de acuerdo a lo pretendido en la demanda), y a su turno Colpensiones en el expediente administrativo incorporado con la contestación de la demanda, allegó copia de la Resolución No. SUB 108740 del 18 de mayo de 2020, en el que entre otras cosas informó;

“Así las cosas, mediante requerimiento interno No. 2020_4561109 la Dirección de Nómina se pronunció al respecto en los siguientes términos:

“(…) 4. Revisado el expediente del causante Guillermo Ortiz Manrique (Causante) Ced. 9047325: La prestación por sustitución fue reconocida mediante Res. 4311 de marzo 31 de 1976, un total de \$5.293,15, distribuida así:

Para la Cónyuge Sra. Cecilia Quijano \$2.406,28 43,60%

Para la Hija Cecilia Ortiz 962,29 18,18%



Para la Hija Clara Ortiz 962,29 18,18%

Para el Hijo Ignacio 962,29 18,18%

Los hijos cumplieron la mayoría de edad en: Cecilia (enero de 1979), Clara (diciembre de 1982) e Ignacio (agosto de 1981) Los hijos cumplieron los 25 años en: Cecilia (enero de 1986), Clara (diciembre de 1989) e Ignacio (agosto de 1988)

5. Se revisa en el Histórico de nómina de la señora Cecilia Quijano, viene desde 200310 valor VAP \$355.714 (smlv para 2003 \$332.000) y a partir del año 2010 le empiezan pagan sobre el SMLV para ese año y hasta la fecha le vienen girando así. (...)."

*Que de conformidad con el concepto BZ 2014_10461115 del 16 de diciembre de 2014, emitido por la Vicepresidencia Jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se establece que (...) del término de prescripción de las mesadas pensionales con las entidades que administran el RPMD, de conformidad con las decisiones adoptadas por la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones8, resulta necesario y pertinente acoger el precedente judicial de la Corte Constitucional y **establecer que el término de prescripción aplicable en materia pensional es el de 3 años** señalado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y en el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social..."*

Dicho lo precedente, se tiene que los dichos de las partes son totalmente disímiles y distantes respecto a la mesada pensional percibida por la señora Quijano de Ortiz, por lo menos en los últimos años de su vida, tampoco fueron aportados recibos o comprobantes de pago efectuados por lo menos desde el año 2015, y la entidad tampoco emitió una respuesta clara frente al requerimiento efectuado por el despacho, frente al pago de las mesadas pensionales efectuadas a la demandante primigenia.

Pese a lo anterior, debe señalarse por parte de esta Sala de Decisión que, para el año de 1976, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión a la demandante, el monto de la prestación superaba en forma ostensible el mínimo legal mensual vigente, por lo que, se procederán



a realizar las operaciones aritméticas de rigor para establecer el monto pensional que debió devengar la actora desde el año 2015.

En segundo lugar, se tendrá como valor de la mesada cancelada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a partir del año 2010, el salario mínimo legal vigente, para cada anualidad, de acuerdo a lo expuesto por el ente de seguridad social en el acto administrativo señalado en precedencia.

Advirtiéndose desde ya, que, solo se realizará el cálculo de la diferencia pensional entre el salario mínimo legal vigente y la mesada que debía devengar la actora, en primer lugar, porque ninguna persona en Colombia puede percibir una mesada inferior a dicho monto; en segundo lugar, porque la entidad plasmó en la Resolución SUB 108740 del 18 de mayo de 2020, que los pagos efectuados a partir del año 2010, se estaban realizando conforme al salario mínimo, y en tercer lugar, por cuanto, las partes contradictoras en la Litis, en lo único que coinciden, es que, la prestación, fue pagada en forma mensual a su beneficiaria, y tal situación se corrobora con la declaración rendida por las hijas de la demandante, señoras, Clara Lucia Ortiz Quijano y Cecilia Celmira del Carmen Ortiz Quijano y por la entidad a la hora de dar respuesta al requerimiento efectuado.

Así las cosas, se procederá a efectuar las operaciones aritméticas de rigor, conforme a los argumentos dados en forma precedente;

Tabla Mesada Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	mesada otorgada 45,46%	Diferencia	No. Mesadas	Subtotal
16/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 796.868,00	\$ 644.350,00	\$ 152.518,00	3,50	\$ 533.813,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 850.816,00	\$ 689.455,00	\$ 161.361,00	14,00	\$ 2.259.054,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 899.738,00	\$ 737.717,00	\$ 162.021,00	14,00	\$ 2.268.294,00



01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 936.537,28	\$ 781.242,00	\$ 155.295,28	14,00	\$ 2.174.133,98
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 966.319,17	\$ 828.116,00	\$ 138.203,17	14,00	\$ 1.934.844,38
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.003.039,30	\$ 877.803,00	\$ 125.236,30	14,00	\$ 1.753.308,18
01/01/21	07/05/21	1,60%	\$ 1.019.087,93	\$ 908.526,00	\$ 110.561,93	4,23	\$ 468.045,49
Total retroactivo diferencia pensional							11.391.493,02

Consecuencia de lo anterior, se verifica que, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pagó en forma incompleta el valor de la mesada pensional a la señora Cecilia Quijano de Ortiz (q.e.p.d.), y por ello, deberá reconocer por concepto de retroactivo causado a favor de la demandante, la suma de \$**11.391.493,02** y en tal sentido se modificará el numeral primero de la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

En esta instancia no se impondrá condena en costas, dadas las results del recurso impetrado.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito, dentro del proceso adelantado por **CECILIA CELMIRA, CLARA LUCIA e IGNACIO ORTIZ QUIJANO**, en calidad de sucesores procesales de CECILIA QUIJANO DE ORTIZ (q.e.p.d.) contra la **ADMINISTRADORA**



COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada, a reconocer y pagar por concepto de retroactivo pensional causado desde el 16 de octubre de 2015 hasta el 7 de mayo de 2021, a favor de los demandantes, la suma de **\$11.391.493,02**.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. Sin costas en esta instancia al considerar que no se causaron.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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