



012019001148 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **EWERT HTET DE JOSÉ FAJARDO DUARTE** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **EWERT HTET DE JOSÉ FAJARDO DUARTE** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación o traslado efectuado a través de Porvenir S.A.; al igual que se encuentra afiliado sin solución de continuidad al ISS, hoy Colpensiones. Como consecuencia, ordenar a Porvenir S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones; ordenar a Colpensiones a recibirlo y una vez cumpla con los requisitos de ley, sea pensionado bajo el Régimen de Prima Media; se condene a las entidades demandadas al pago de las costas (fl. 27 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 y 45 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que inició su vida laboral en junio de 1982 como empleado público perteneciente al ISS, hoy Colpensiones. Que recibió una visita por parte de un asesor comercial de Porvenir, quien le manifestó que de acuerdo con su historia laboral lo mejor era que se afiliara al fondo de pensiones en mención, en aras de mejorar su monto pensional. Sostiene que el asesor no le ofreció una información real, completa, clara y



comprensible acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas que traería el traslado de régimen pensional. Añade que nunca se le realizó un estudio sobre sus proyecciones en el RAIS y en el RPM, y que no se le informó que debía permanecer 5 años en un régimen, previo a cambiarse. Indica que, el 15 de octubre de 2019, solicitó el cambio de régimen a Colpensiones, petición que fue negada por encontrarse a menos de 10 años de su edad de pensión.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante al considerar en esencia que, la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004 y la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Afirma que el demandante solicitó nulidad de traslado de régimen pensional y mesada pensional a Colpensiones, cuando ya se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica (Fls. 65 y vuelto a 75 archivo 01 del expediente digital).



A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, la vinculación de la parte demandante con la AFP en el año 1996 fue producto de su voluntad y realizada de manera libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, 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 conforme a los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Agrega que, en el año 1999 la parte demandante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS, al trasladarse de manera libre e informada a Colpatria S.A., después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Concluye afirmando que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del Código Civil, en tanto que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 45 a 57 archivo 01 del expediente digital).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 18 de enero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir; **ordenar** a Colpensiones autorizar el traslado del actor al RPM; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones sus aportes efectuados por el demandante en el RAIS, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de su afiliación, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada a él; **declarar** que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos; **declarar** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; **sin costas**. (Audio 09 del expediente digital).

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



simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no se valoró por el Juzgado de Conocimiento que el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción por parte del actor del formulario de afiliación, en el cual este expresó que realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones la selección del RAIS, conforme a lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que ello no se trató de una simple declaración vacía dentro del formulario de afiliación, sino del cumplimiento de un requerimiento legal que fue suscrito por la parte demandante, quien se presume una persona capaz para obligarse. Agrega que al demandante siempre se le garantizó su derecho al retracto, conforme a las publicaciones realizadas en el diario El Tiempo el día 14 de enero de 2004, atendiendo lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, empero el afiliado permaneció en el RAIS, conducta esta que no fue valorada por el Despacho desde la óptica de la negligencia y la omisión. Indica que la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce el principio de autonomía privada de la voluntad con que contaba el actor, definida en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con



efecto vinculante de los intereses de los que son titulares, y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres.

Refiere que carece de visos de prosperidad la condena impuesta a título de gastos de administración, toda vez que conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de la cotización para financiar los mismos y es por ello que no hacen parte de la pensión y están sujetos al fenómeno de la prescripción. Suma a ello que, la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues no existe norma que la disponga, en tanto el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 prevé únicamente el retorno de los aportes y sus rendimientos, lo cual ratifica que los gastos de administración no pertenecen al afiliado, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión adelantada para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual. Concluye indicando que uno de los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C. en materia de nulidad, es que la parte que recibió los frutos está obligada a restituirlos, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que el convocante de manera libre y voluntaria realizó su afiliación al RAIS, decisión que ratificó durante todo el tiempo que



realizó cotizaciones, en el cual además, nunca requirió asesoría de la AFP, Cajanal o incluso Colpensiones. Afirma que, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es posible trasladarse de régimen cada 5 años, no obstante, el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, limitó ese derecho a la libre escogencia, cuando al afiliado le faltaren 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, salvo que al 1° de abril de 1994, contara con 15 años de servicios cotizados, restricción que fue decantada en las sentencias C-1024 de 2004 y C-062 de 2010, en las que se estableció como su objetivo evitar la descapitalización del RPM, ante el retronó de personas que no han contribuido al mismo y no han sido consideradas en el cálculo actuarial que sustenta el pago de sus pensiones y reajustes.

Resalta que solo hasta el año 2019 el demandante elevó solicitud de nulidad de su traslado de régimen, cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Aduce que pese a que el deber de información existe desde la promulgación de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de similar año, lo cierto es que su alcance solo fue desarrollado hasta la expedición de la Ley 1328 de 2009, en tanto se impuso la obligación de asesoría y buen consejo, motivo por el cual no es razonable ni jurídicamente válido que se exija a la administradora de fondos de pensiones, soportes de una asesoría no prevista en la ley para la época del traslado, en tanto ello desconoce el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso. Suma a ello que en su interrogatorio de parte el demandante afirmó que se le brindó asesoría en los términos dispuestos en la legislación, por lo que no se advierte que su decisión



se haya sustentado en una información ineficiente. Concluye indicando que en todo caso se debe garantizar la devolución de todos los gastos de administración y frutos que fueron obtenidos por el actor, y brindar la posibilidad a Colpensiones de obtener por vía judicial los valores que le impliquen gastos adicionales, no previstos en los anotados valores.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que 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**, refiere que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y condenar a la entidad a recibir los aportes para activar la afiliación al RPM, teniendo en cuenta para el caso en particular, la vinculación al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con más de 20 años de cotizaciones. Refiere que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para



alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (01 de abril de 1994), para quienes se conservó el derecho a regresar al Régimen de Prima Media en cualquier momento.

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 solicitud elevada ante Colpensiones tendiente a obtener la nulidad o ineficacia del traslado, por lo que su agotamiento se entiende con la presentación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 EWERT HTET DE JOSÉ FAJARDO DUARTE al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, respuesta de Colpensiones a solicitud de traslado de régimen (fl. 15 archivo 01), historia laboral consolidada emanada de Porvenir S.A. (fls. 16 a 20 archivo 01 y 73 a 110 carpeta 02), formulario de afiliación a Porvenir (fl. 59 carpeta 02), solicitud de vinculación y traslado a Colpatria (fl. 60 carpeta 02), comunicados de prensa (fls. 61 a 70), certificado de afiliación emanado de Porvenir S.A. (fl. 72 carpeta 02), historia laboral válida para bono pensional (fls. 111 a 114 carpeta 02), expediente administrativo allegado por Colpensiones (archivo 08), e interrogatorios de parte rendidos por el representante legal de Porvenir S.A. y por el demandante (Archivo de audio 09 del expediente digital).

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



permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

012019001148 01 15

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 Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*



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

3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*

4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*

5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

012019001148 01 24

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



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 desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro



de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante prestó servicios a favor del sector público desde 1º de octubre de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Porvenir (folio 73 vuelto carpeta 02 del expediente digital), cuyos aportes fueron realizados a Cajanal, según emana del formulario de afiliación a la AFP Porvenir, en el cual se indica que el convocante provenía de dicha administradora (fl. 59 carpeta 02); para luego trasladarse a dicha AFP el 14 de diciembre de 1995 (fl. 59 carpeta 02 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, conforme da cuenta la certificación visible a folio 72 carpeta 02 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 59 archivo 02 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«(...) el traslado de fondo público al privado, más o menos a mediados del año 98-97-96 no recuerdo bien, llegaron a ofertar a varias unidades, yo en esa época trabajaba con la Unidad Especializada contra la Extorsión y el Secuestro en Bogotá, y la oficina quedaba en el edificio Camacol (...) allí llegaron varios funcionarios de grupos privados a ofrecernos el traslado de la pensión del régimen público al privado, haciéndonos ver que era beneficioso trasladarnos porque nos íbamos a pensionar con mayor monto de pensión. En eso consistió más o menos el traslado. Frente a los beneficios que nos ofrecían, pues la mayoría de compañeros optamos por trasladarnos del régimen público al privado (...) La asesoría fue de 5, 10 minutos, eso no fue porque además pasaban por cada lugar de trabajo de cada empleado de la Fiscalía de ese momento, pasaban por los puestos y nos ofrecían las bondades, e inmediatamente nosotros frente a esa situación tan bonita que nos presentaban pues optábamos por cambiar de régimen de pensiones (...) lo que nos ofrecían era supuestamente provechoso para cualquier persona que estuviera laborando en este momento en el entendido de que nos íbamos a pensionar con un sueldo supremamente alto, y entonces frente a eso no quedaba otra alternativa que aceptar lo que nos ofrecían como provechoso, beneficioso, y eso fue lo que nos motivó, no solamente a mí, sino a la inmensa*



mayoría de compañeros que decidimos ese traslado en ese momento.(...)
(Archivo de audio 09 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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 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 el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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, lo cual conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces



como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

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

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros constituyen una contraprestación a la AFP por el cumplimiento de su función.

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, 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 los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Se aclara que, 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, además, no es procedente efectuar ningún estudio sobre las acciones que puede asumir Colpensiones en contra de la AFP, dado que ello fue reconocido por el Juzgado de Conocimiento y no se advierte oposición por la administradora de fondos de pensiones en su recurso de alzada, quedando incólume la sentencia aquí estudiada en su integridad.



COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 18 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **EWERT HTET DE JOSE FAJARDO DUARTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

012019001148 01 35

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

012019001148 01 36

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. 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 **LUCÍA MORENO VELASCO** contra **HERNANDO JUAN MANUEL GONZALEZ MORALES** como propietario de la **CLÍNICA VETERINARIA ASIMEV** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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 LUCÍA MORENO VELASCO solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con HERNANDO JUAN MANUEL GONZÁLEZ MORALES y la CLÍNICA VETERINARIA ASIMEV entre el 1° de febrero de 2004 y el 28 de febrero de 2019; que el cargo desempeñado era de auxiliar de veterinaria, devengando un salario mínimo legal mensual vigente; que el contrato feneció unilateral y sin justa causa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene al pago de la prima de servicios, cesantías, vacaciones, causadas durante el vínculo contractual; indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo; a pagar la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; sanción por no consignación de las cesantías, contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; sanción por no pago oportuno de cesantías; a pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión; a reconocer los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 6 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que celebró contrato de trabajo con el señor Hernando Juan Manuel González Morales el 1° de febrero de 2004; que, fue contratada como peluquera canina; que prestó sus servicios a órdenes del demandado, en la Clínica Veterinaria ASIMEV; que cumplía horario de trabajo de lunes a sábado; que del año 2004 al año 2018 el salario estuvo sujeto al número de mascotas al que le realizara lavado y peluquería; que de diciembre de 2018 al 20 de febrero de 2019 devengó el salario mínimo legal mensual vigente; que el 1° de diciembre celebró contrato a término fijo de tres meses, con la empresa ASIMEV, pactando como remuneración el salario mínimo legal mensual



vigente; que no le fue entregada copia del contrato de trabajo; que el cargo para el cual fue contratada fue de peluquera canina; que durante el vínculo contractual las funciones desempeñadas fueron las mismas; que el 8 de febrero de 2019 le fue informada la terminación del contrato de trabajo a partir del 28 de febrero; que el demandado le suministró los elementos de trabajo; que durante el vínculo laboral no le cancelaron cesantías, primas de servicio, ni le efectuaron el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación; que al fenecimiento del vínculo contractual recibió el pago de la liquidación del último contrato laboral; que solicitó el pago de las acreencias laborales, el 26 de marzo de 2019 y recibió una respuesta negativa el 5 de abril.

CONTESTACIÓN: HERNANDO JUAN MANUEL GONZALEZ MORALES, en calidad de propietario del establecimiento de comercio **ASIMEV**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda. Como **Excepciones**, propuso las de ausencia de relación laboral; inexistencia de una relación laboral con Hernando Juan Manuel González Morales y Lucia Moreno Velasco (archivo 010 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 13 de enero de 2022, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1º de febrero de 2004 al 28 de febrero de 2009; **condenó** al demandado a pagar cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción del artículo 1º de la Ley 52 de 1975; sanción por terminación unilateral del contrato; **condenó** a pagar la sanción moratoria equivalente a \$27.603 diarios a partir del 1º de marzo de 2019 y hasta cuando se verifique su pago; **condenó** al demandado a



pagar a la administradora de fondos que se encuentre afiliada la demandante los aportes al sistema de seguridad social en pensiones causados entre el 1 de febrero de 2004 y el 30 de noviembre de 2018; **condenó** a pagar la indexación respecto de las condenas impuestas; **condenó** en costas al demandado.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Para el juzgado resulta evidente y de entrada que entre Lucía Moreno Velasco y Hernando Juan Manuel González Morales se ejecutó un verdadero contrato de trabajo que tuvo como extremo inicial el 1 de febrero del 2004 y final el 28 de febrero del 2019, sí bien es cierto que la demandante suscribió el 1 de diciembre del 2018 un contrato de trabajo en la clínica ASIMEV no es menos cierto que está es un establecido de comercio y no una persona jurídica, por ende no podía celebrar contratos sin consecuencias no se puede tener como un empleador de la demandante, así las cosas se trató de una única relación laboral sin solución de continuidad así se afirme tanto la prueba allegada al proceso especialmente la testimonial que al juzgado le bien acento credibilidad dan cuenta de la existencia de la relación subordinada, la cual por cierto momento alguno fue desvirtuada por la parte demandada y se explica el mismo Hernando Juan Manuel González Morales en interrogatorio de parte y absolvió confeso que la demandante le presto servicio como peluquera canina del 1 de febrero 2004 y final el 28 de febrero del 2019 afirmó que la relación estuvo regida por un contrato de prestaciones de servicio pero sin indicar qué período, que el referido contrato fue pactado por escrito pero que se extravió y que pagaba un salario integral esto es, uno que cubría, qué remuneraba además del trabajo, pues las prestaciones sociales, tenemos que la demandante Lucía Moreno Velasco en el interrogatorio de parte que absolvió se ratificó en lo dicho en la demanda...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandada**, interpone recurso de apelación al estimar que entre las partes existió un verdadero contrato de prestación de servicios, al no cumplirse horario, ni estar sometida a subordinación por parte del convocado a juicio; en segundo lugar, estima que, fue a solicitud de la misma demandante que no se realizó la afiliación al sistema de seguridad social; finalmente manifiesta su disidencia frente al monto de las condenas impuestas.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado de la parte **demandante**, solicita se confirme la sentencia, al estimar que, entre las partes existió una relación laboral y consecuencia de ello, se pagaba una remuneración; que el demandado era quien le suministraba a la actora los elementos y herramientas necesarias para desplegar su labor; que se deben aplicar las sanciones por no pago de prestaciones sociales.

A su turno, el apoderado de la parte **demandada**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que, la demandante no cumplía un horario de trabajo, que se desempeñó como peluquera canina y esporádicamente ayudaba a realizar alguna otra actividad; que entre las partes acordaron que la actora era quien iba a pagar sus aportes al sistema de seguridad social, actuándose de buena fe; que existió un contrato de prestación de servicios, le eran pagados unos honorarios pero no un salario; que no se puede ordenar el pago de acreencias laborales al estarse en presencia de un contrato de índole civil; que en el eventual caso se imponga condena, debe declararse probada la excepción de pago.

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales y, en especial,



aquellas impuestas en el artículo 66A del C.P.L., se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si entre la señora Lucia Moreno Velasco y Hernando Juan Manuel González Moreno existió un contrato de trabajo o si por el contrario, el demandado logró derruir la presunción contenida en el artículo 24 del CST.; en caso de ser afirmativa esta premisa, deberá verificarse si los montos objeto de condena se encuentran ajustados a derecho y si el hecho de que se haya solicitado la no afiliación al sistema de seguridad social por parte de la actora, exime de responsabilidad al convocado a juicio.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil – Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Es así, como según el artículo 24 del CST “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, de donde se colige que al trabajador únicamente le atañe demostrar la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y como consecuencia el contrato de trabajo, trasladándose entonces la carga de la prueba al patrono, quien deberá desvirtuar la aludida presunción.



Al punto, de antaño la H. Corte suprema de Justicia en sentencia bajo radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, MP: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, enseñó:

“En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, derecho de petición incoado por la demandante (fl. 20 archivo 01 del expediente digital); formato de liquidación de prestaciones sociales (fl. 24 archivo 01 del expediente digital); carta de no prorroga de contrato de trabajo (fl. 46 archivo 01 del expediente digital); respuesta a derecho de petición (fl. 48 archivo 01 del expediente digital); constancia de pago expedida por Asopagos S.A. (fl. 51 archivo 01 del expediente digital); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 56 archivo 01 del expediente digital); contrato de trabajo ilegible (fl. 12 archivo 10 del expediente digital).

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que el *sub judice* se centra en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, pues la demandada alega que no lo hubo y no se encontraron acreditados los



elementos esenciales del contrato para que se declarara tal situación, sea lo primero advertir que conforme a los presupuestos facticos probados en la *Litis* y relacionados de manera precedente, es viable establecer que la prestación humana desplegada por LUCIA MORENO VELASCO se encuentra enmarcada en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, resulta necesario que el demandado en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme al organismo de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, sí de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, como ocurre en el caso de autos, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñadas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente» (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Motivo por el cual, le corresponde al funcionario judicial examinar si se presentan elementos de juicio que permitan inferir la inexistencia de la aludida subordinación. Corolario a ello, y con el propósito de resolver la anterior disquisición, debe precisar esta Sala de Decisión, que ninguna de



las partes en contienda aportó copia del aludido contrato de prestación de servicios, por lo que, se procederá a valorar el caudal probatorio recaudado en el devenir procesal, de la siguiente manera.

En el interrogatorio de parte, rendido por el doctor, Hernando Juan Manuel González Moreno, se tiene que, este en su oportunidad aceptó que la demandante prestó sus servicios a su favor, entre el 1° de febrero de 2004 y el 28 de febrero de 2019, como peluquera canina; que suscribieron un contrato de prestación de servicios; que prestaba los servicios de lunes a sábado, en el que, ella podía *“llegar a las 9:30, a las 10 de la mañana, según el transporte, a veces cuando a las 3 de la tarde no había nada yo le decía no pues váyase para la casa porque a las 3 no había nada que hacer o a las 4 o ella me decía, me puedo ir a tal hora, si Lucia váyase a tal hora, ósea no tenía un horario como tal, el horario de 9 a 6 era en el que yo abría, pero no era en el que ella tenía que estar acá, ella llegaba generalmente tarde porque yo entendía que el transporte se le dificultaba y yo nunca le puse ningún problema...”*; que durante el vínculo contractual no pagó la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y que en un principio sí pagó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, pero ya después a solicitud de la demandante no los siguió realizando; que la terminación del vínculo contractual acaeció por remodelaciones que se realizarían al establecimiento de comercio y ello implicó cerrar la sección de la peluquería y fue enfático en señalar que el vínculo que ató a las partes, fue *“una sola, una sola señor juez, desde el principio una sola”*.

Adicionalmente, informó que los elementos necesarios para que la señora Lucía desarrollara su labor como peluquera canina, eran suministrados por él; que ella permanecía en la parte de atrás del establecimiento, *“que era su sitio de trabajo y normalmente pues salía a veces almorzar y salía a hacer sus vueltas”*.

A su turno la señora Lucía Moreno Velasco, informó haber laborado al servicio del demandado desde el 1° de octubre de 1998 al 2004, por



contrato de trabajo y de dicho vínculo, le fueron cubiertas sus prestaciones sociales, sin embargo, del año 2004 a noviembre de 2018 fue por prestación de servicios y del 1° de diciembre al 28 de febrero de 2019 fue por contrato laboral, pactándose como salario un mínimo legal vigente y del cual recibió el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y fue afiliada al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

Respecto al cambio de contrato, de uno civil a uno laboral, informó *“no estuve tan de acuerdo porque la verdad cuando llegaba buen trabajo pues le iba a uno bien, así como nos estaba pagando, pero él dijo pues que, o era eso o prácticamente no era nada, qué porque él era, él nos iba a afiliar a seguridad social”,* al estimar que *“...era muy poquito el sueldo, porque le decíamos al doctor, bueno afílienlos a la seguridad social pero entonces que nos dieran menos algo de bonificación por el perro que llegara...”*; a su turno, que el aludido contrato de prestación de servicios fue celebrado en forma verbal, que las funciones desplegadas en la Clínica Veterinaria se centraban en *“realizar peluquería canina a los perritos que llegaban y pues también esporádicamente llegaba uno que otro gato”* y cuando no llegaban perros *“había que ayudar a hacer aseo en la veterinaria, lo que era limpiar jaulas, arreglar la cocina, lo de cirugía, ayudar a hacer el aseo”*.

Que los elementos para desplegar su labor, eran suministrados por el demandado, en lo tocante al horario de trabajo, informó que, *“llegaba de 9 a 9:15 más o menos, porque ya había días que me demoraba un poquito en llegar y pues el doctor miraba el reloj y me decía que porque hasta ahora”*.

Los testigos citados por las partes intervinientes en el litigio, informaron en su oportunidad.

Isabel Patricia Tolosa Moreno, trabajó en la veterinaria propiedad del señor González Morales, que tiene conocimiento que la señora Lucía era



la peluquera canina y se encargaba de bañar los perros; que la demandante ingresó a laborar en octubre de 1998; que cumplía un horario de 9:00 de la mañana a las 5:30 de la tarde o 6:00, de lunes a sábado, recibiendo órdenes del señor Hernando Juan Manuel; que ganaban el salario mínimo; que en algunas ocasiones *“tocaba hacer, realizar labores de aseo de tener la veterinaria pues en condiciones idóneas para el servicio, lavar guacales, tener limpio todo lo de cirugía, estar todo en regla, lo que él nos mandara a hacer, pues lo realizábamos”*; que les pagaban de acuerdo a la cantidad de caninos que atendieran.

Stella Esperanza Moreno, ex esposa del demandado, trabajó en la veterinaria y vio a Lucia prestar sus servicios allí, aproximadamente por quince (15) años y hasta el 2019; que las partes celebraron un contrato de trabajo, en un principio y le eran pagadas las prestaciones sociales, pero ya después se cambió la modalidad contractual, por solicitud de la misma demandante; que la señora Lucía llegaba *“9:00, 9:15, 9:30 o muchas veces llegaba a las 9 pero más o menos ese era el horario y ella cuando terminaba temprano, entonces ella se podía ir, salía antes de las 5”*; que ella se encargaba básicamente de la *“peluquería de perros”*.

Juan Sebastián González Moreno, hijo del convocado a juicio, informó que, la demandante laboró en la veterinaria hasta enero de 2019, que la función era como peluquera canina *“ella no cumplía un horario específico, yo trabajaba, trabajo, llevo trabajando muchos años también en el mismo lugar, realmente ella entraba a la hora que llegara, no, la única exigencia que hubo horario fue los últimos 3 meses cuando se hizo el contrato que han señalado en esas fechas si hubo un horario fijo”*, trabajando de lunes a sábado; que la remuneración era por porcentaje, que en promedio podía oscilar entre \$500.000 y \$600.000; que Hernando era quien suministraba las herramientas de trabajo a la promotora litigiosa; que durante el tiempo que duró el último contrato de trabajo la actora si cumplía horario de trabajo.



Así las cosas, del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, se desprenden por esta Sala de Decisión, que, a la hora de rendir interrogatorio de parte, el demandado señaló en forma fehaciente que la señora, Lucia Moreno Velasco, sí prestó sus servicios a su favor en la Clínica Veterinaria.

En segundo lugar, que se desconozca la relación laboral que ató a las partes, cuando la demandante, debía acatar las órdenes y directrices que le impartía el señor Hernando Juan Manuel González Morales, pues si bien, el cliente era el que señalaba como quería que se arreglara al canino, también es cierto que, los clientes eran asignados por el dueño del establecimiento, además, ella asistía de lunes a sábado a la Veterinaria para desarrollar las actividades de estilista, en un horario aproximado de 9:00 a 9:30 de la mañana a 3 o 4 de la tarde, dependiendo de los clientes que llegasen.

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido, que se mantuviera en principio un contrato de trabajo, después se pasara a un contrato de prestación de servicios y finalizara el vínculo laboral, suscribiendo un contrato a término fijo, de acuerdo a lo dicho por los contendientes, dado que, el contrato acopiado por la demandada, es totalmente ilegible², como se indicó en forma precedente.

Desvirtuándose con los aludidos medios probatorios la independencia, autonomía e independencia de la aquí demandante, máxime, que no podía organizar el tiempo para prestar sus servicios, dado que el cargo ostentado era de estilista canina y para desarrollar sus actividades debía presentarse a la Clínica Veterinaria.

² Folio 108 archivo 010 del expediente digital.



Deviniendo en el sub examine, sin lugar a dudas en la existencia de un nexo laboral, al haberse eliminado la independencia y autonomía del dador de laborío (sentencia SL 3161-2018), no pudiéndose desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST.

Por lo expuesto, concluye esta Sala de Decisión que fue acertada la determinación del *A quo* y en tal sentido se confirmará la sentencia.

DE LA CUANTÍA DE LAS CONDENAS

Manifestó en forma primigenia el apoderado del demandado, no encontrarse de acuerdo con los montos fijados por el juzgado de conocimiento, por lo que, se procedió a realizar las operaciones aritméticas de rigor, teniendo en cuenta los salarios mínimos legales mensuales vigentes devengados por la demandante durante el interregno de la relación laboral, sin embargo, encontró esta Sede Judicial, que, el correspondiente cálculo arroja, sumas superiores a las fijadas por el *A quo*, por lo que, al ser el demandado apelante único, en aplicación al principio de *no reformatio in pejus*, no se modificará el monto liquidado y fijado en primera instancia.

En tal sentido, se confirmará el monto de las condenas impuestas, al encontrarse ajustadas a derecho.

COSTAS. Se condenará en costas en esta instancia al demandado y a favor de la señora Lucia Moreno Velasco.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 13 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUCIA MORENO VELASCO** contra **HERNANDO JUAN MANUEL GONZÁLEZ MORALES**.

SEGUNDO: COSTAS. En esta instancia estarán a cargo del demandado y a favor de Lucia Moreno Velasco.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandado, HERNANDO JUAN MANUEL GONZÁLEZ MORALES y a favor de la demandante, LUCIA MORENO VELASCO en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS FIDEL PARDO VILLAMIL** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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,

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»



PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 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.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Angélica María Cure Muñoz**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.140.887.921 de Barranquilla y tarjeta profesional 369.821 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

A su vez, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Gabriela Restrepo Caicedo**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.144.193.395 de Cali y tarjeta profesional 307.837 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Skandia.



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **CARLOS FIDEL PARDO VILLAMIL** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia, nulidad o inexistencia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad; se ordene a los fondos privados demandados la devolución a Colpensiones de las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados; se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPM, así como a recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados, actualizar y corregir su historia laboral; se condene a los fondos privados demandados al reconocimiento y pago de los perjuicios morales que le fueron causado y al pago de costas y agencias en derecho (fls. 4 a 6 archivo 02 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 6 a 9 archivo 02 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 21 de abril de 1964. Que estuvo afiliado al otrora ISS desde el año 1992. Que el 2 de febrero de 1996 suscribió formulario de afiliación



con ING, hoy Protección S.A., sin recibir información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada. Añade que, por los mismos móviles equivocados, se afilió en el año 2000 a Porvenir S.A., en el 2006 a Old Mutual hoy Skandia S.A., y finalmente, en enero de 2018 a Porvenir S.A. Afirma que el asesor de cada AFP demandada no contaba con formación profesional o con capacitación adecuada alguna que lo acreditara o le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para que él pudiera tomar la decisión de trasladarse. Que nunca le advirtieron sobre los riesgos del traslado ni que la pensión podría ser inferior a la del RPM, así como tampoco le informaron sobre las distintas modalidades de pensión, ni sobre el derecho de retracto. Sostiene que los asesores de los fondos privados demandados engañaron lo engañaron al afirmarle que, al trasladarse al RAIS la condición pensional sería mucho más ventajosa y que el RPM desaparecería. Indica que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, peticiones que fueron negadas por Protección S.A., Skandia y Porvenir S.A., acotando que a la fecha no había recibido respuesta por parte de Colpensiones.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS, a más que se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen



pensional consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones (Folios 4 a 7 archivo 13.1 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, al considerar en esencia que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Agrega que la afiliación del accionante al RAIS se dio con el lleno de los requisitos vigentes para la época de manera libre y voluntaria, así como sus posteriores traslados. **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, buena fe (Folios 10 a 27 archivo 06.1 del expediente digital).



Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a la totalidad de las pretensiones al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Afirma que, según el formulario de vinculación que suscribió el demandante, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Añade que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección y un acto válido y existente. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima legal del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o



ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de aportes; traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen; innominada o genérica (Folios 10 a 31 Archivo 07.1 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, por considerar en esencia que, dicha AFP no fue quien realizó el traslado del RPM al RAIS y no es la que cuenta con los recursos de la cuenta individual del demandante, a más que este no allega prueba de las razones de hecho que sustentan la nulidad o la solicitud de inejecución de la afiliación. En adición, sostiene que no se puede pretender imponer a las demandadas la obligación de documentar la temática de la asesoría que se dio en el traslado inicial al RAIS, pues para la fecha en la que se efectuó tal acto, las administradoras no se encontraban sujetas al deber de información y buen consejo al que hace alusión la parte demandante, tan solo existía el deber de información y transparencia, el cual se agotaba con la asesoría verbal que se brindó, y que finalizaba con la firma del formulario de afiliación. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (Folios 2 a 33 Archivo 08.1 del expediente digital).



Por su parte, la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, formuló su oposición a la prosperidad de las peticiones, por considerar en síntesis que dicha entidad no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, toda vez que la obligación estaba a cargo exclusivo de la administradora de pensiones, quien fue la que contactó e informó al actor. Sostiene que las primas recibidas por concepto del seguro previsional fueron legítimas en virtud del contrato aseguratorio pactado entre Skandia y Mapfre Colombia Vida Seguros, el cual no adolece de vicio alguno y habilitaba en razón a la buena fe a que los percibiera, pues asumió el riesgo contratado dentro de la vigencia estipulada, por tanto, las consecuencias que afecten el traslado de régimen pensional por ausencia de una debida diligencia por parte de la AFP no pueden extenderse al asegurador, quien no intervino en el traslado de régimen pensional. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa, prescripción y innominada o genérica (Folios 1 a 8 archivo 10.1 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPM al RAIS acaecido el 2 de febrero de 1996, mediante la afiliación Davivir, hoy Protección S.A.; **condenar** a Colpensiones admitir el traslado de régimen pensional del actor; **condenar** a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere



recibido por motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubieren causado; **condenar** a las AFP Protección S.A. y Skandia S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas que hayan recibido por concepto de cuotas de administración debidamente indexadas, que fueron descontadas durante la afiliación del actor; **condenar** a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelvan las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; **absolver** a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; **sin condena** en costas en esta instancia. (Audio carpeta 28 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, por lo que es procedente adentrarse al estudio de la ineficacia de traslado deprecada. Agrega 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 Davivir, hoy Protección, haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, en tanto no basta con la simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la



ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Indica que los perjuicios reclamados no se encuentran demostrados en el paginario, lo cual deviene en su improcedencia. Concluye indicando que las pretensiones del llamamiento en garantía deben ser negadas, toda vez que las pólizas suscritas con Mapfre solo cubren los riesgos de invalidez y muerte, por lo que no tienen alcance frente a una declaratoria de ineffectividad de traslado, por omisión en el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **CARLOS FIDEL PARDO VILLAMIL**, censuró el fallo de primera instancia en forma parcial, al considerar en síntesis que, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, se consagra un principio objetivo según el cual la parte vencida dentro del proceso será condenada en costas procesales, sin consideración a la intención de la parte, la razonabilidad de la discusión en el conflicto jurídico o la conducta que ella asumió en el trámite procesal, si no al hecho de haber sido vencido en juicio. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia sobre este aspecto, y se condene en costas a las demandadas.

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada parcial contra la anterior determinación, por considerar en esencia que, no es viable que se ordene a la administradora la devolución de gastos de administración, toda vez



que dichas sumas tienen una destinación específica por mandato legal, a más que fueron invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de la AFP. Añade que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en distintos sentidos, teniendo en consideración que, tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia, la consecuencia esta es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; bajo ese supuesto, se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos del demandante tampoco se han generado. Así mismo, sostiene que los rendimientos financieros al ser privativos del RAIS pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría en caso de haber permanecido en el RPM, en tanto recibía dineros que no se generan en este régimen pensional. Añade que, incluso en el RPM un porcentaje de la cotización también se destina a los gastos de administración en igualdad de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Por último, afirma que, el traslado de los recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de alzada parcial contra el numeral cuarto del fallo de primera instancia, por considerar en esencia que, con base en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se autorizó a todas las entidades del Sistema General de Pensiones realizar descuentos sobre los aportes de los afiliados, con el fin de cubrir los gastos de administración y seguros previsionales, siendo improcedente la devolución de los mismos.



Agrega que, debe realizarse un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso; sumando a ello que se está desconociendo el artículo 230 de la Constitución Política en virtud del cual los jueces están supeditados a cumplir la norma, acotando que la jurisprudencia y demás principios auxiliares pueden ser simplemente apoyo para la toma de decisiones. Indica que en la sentencia C-086 de 2002 se declara exequible el RAIS, en tanto la ley le otorga las mismas facultades y le permite la actuación dentro del Sistema de Pensiones. Por último, solicita se analice el fenómeno prescriptivo respecto a los gastos de administración.

A su turno, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, interpuso recurso de apelación parcial contra la anterior determinación, al considerar en esencia que lo declarado en el *examine* es la ineficacia del acto jurídico de traslado, y a ese fenómeno no se le pueden dar efectos adicionales porque son expresamente las que contempla la ley. Sostiene que no es dable aceptar la existencia de una cuenta de ahorro individual, y a su vez desconocer que sus rendimientos fueron producto de la actividad de la AFP. Con base en ello, afirma que no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia en beneficio exclusivo del demandante, reconociendo que sí se produjeron efectos, pero únicamente para el actor, mientras que para la AFP se desconoce su labor y obligación legal de administrar e invertir para generar rendimientos financieros, los cuales no se hubieran logrado de igual manera en caso de encontrarse en el RPM. Concluyendo que se debe



revocar la sentencia en lo que se refiere a la devolución de gastos de administración.

Por su parte, la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, solicitando se adicione la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar en costas a la llamante en garantía Skandia S.A. y en favor de Mapfre, por considerar en esencia que existe una carencia de hilo conductor que daría génesis a la relación jurídico procesal, toda vez que dentro de su objeto social o su actividad económica no se encuentra la contestación de demandas de orden laboral, sino la expedición de pólizas de diferentes ramas, lo que inequívocamente demuestra los gastos de defensa judicial en los que incurrió.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, al considerar en síntesis que para el momento en el que el demandante se traslada de régimen pensional no existía obligación legal alguna con relación a documentar la asesoría de traslado, sino que únicamente se suscribía el formulario de afiliación. En consecuencia, afirma que, no es dable pretender o exigir que los fondos de pensiones alleguen prueba documental diferente a dicho formulario. Considera que, si se analizara el caso a la luz de las exigencias normativas de la época, en la que si bien es cierto existía el deber de información y ya existía una serie de obligaciones que le correspondía asumir y acreditar al fondo de pensiones, la conclusión



hubiese sido que el traslado de régimen pensional del actor sí era válido, en la medida en que el deber de información que existe hoy en día con las modificaciones normativas y jurisprudenciales, exigen la acreditación de situaciones que para el momento en que el demandante en este caso se vincula al régimen de ahorro individual a través de Davivir, no eran atendibles por los diferentes fondos de pensiones, a los cuales estuvo vinculado. Aunado a lo anterior, sostiene que los traslados horizontales podrían denotar la existencia de asesorías y que el demandante conocía la importancia sobre el tema de la rentabilidad, siendo ello una muestra del cumplimiento del deber información y la intención del extremo activo de permanecer en el RAIS.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita que 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,



SL1689-2019, 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 o no del deber de información.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la 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 el 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 el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado 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 el 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*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, refieren en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.



Por su parte, **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** solicita se confirme la sentencia de primera instancia, revocando únicamente en cuanto a la negativa de imponer costas en favor de la compañía, y como consecuencia, se condene en costas a la llamante en garantía Skandia S.A. en favor de Mapfre Colombia Vida S.A., pues en el caso se constata la configuración del numeral 1° del artículo 365 de CGP, y la comprobación del numeral 8° del citado artículo, al ser evidente los gastos de defensa judicial en los que ha tenido que incurrir la entidad.

Finalmente, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** indica que la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente, ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que la citada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

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



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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 61 a 64 archivo 02 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 CARLOS FIDEL PARDO VILLAMIL al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



De otro lado, habrá de establecerse si es procedente impartir condena en costas a cargo de las demandadas, en los términos propuestos por el actor y por Mapfre Colombia Vida Seguros.

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, documento de identificación del accionante (fl. 22 archivo 02 del



expediente digital), formulario de vinculación emanado de Davivir S.A. (fl. 24 archivo 02 y fl. 56 archivo 07.1 del expediente digital), formulario de vinculación emanado de Porvenir S.A. (fl. 25 archivo 02 y fl. 10 archivo 06.3 del expediente digital), formularios de afiliación emanados de Old Mutual (fls. 26 y 27 archivo 02 y fls. 43 a 48 archivo 08.1 del expediente digital), formularios de traslado emanados de BBVA (fls. 11 y 12 archivo 06.3 del expediente digital), formularios de vinculación emanados de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (fls. 13 y 15 a 16 archivo 06.3 del expediente digital), formulario de afiliación emanado de Santander (fl. 57 archivo 07.1 del expediente digital), formulario de afiliación emanado de Skandia (fls. 36 y 39 a 40 archivo 08.1 del expediente digital), historia laboral emanada de la AFP Porvenir S.A. (fls. 29 a 42 archivo 02 y fls. 20 a 32 archivo 06.3 del expediente digital), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 43 a 45 archivo 02 del expediente digital), proyección pensional emanada de la AFP Porvenir S.A. (fls. 46 a 49 archivo 02 del expediente digital), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 50 a 70 archivo 02 del expediente digital), certificado de afiliación emanado de Porvenir S.A. (fl. 19 archivo 06.3 del expediente digital), certificado de afiliación emanado de Skandia S.A. (fl. 68 archivo 08.1 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio carpeta 24 del expediente digital).

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



la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«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 Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

08202000193 01 31

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y



consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de septiembre de 1992 hasta el 31 de enero de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 43 a 45 archivo 02 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Davivir hoy Protección S.A. en fecha 2 de febrero de 1996 (fl. 24 archivo 02 y fl. del expediente digital), posteriormente, se vinculó a Horizonte en fecha 22 de marzo del 2000 (fl. 13 archivo 06.3 del expediente digital); luego, a la AFP Porvenir S.A. en el año 2001 (fl. 10 archivo 06.3 del expediente digital); posteriormente, a Horizonte en fecha 10 de abril del 2001 (fl. 16 archivo 06.3 del expediente digital); luego, a BBVA en fecha 27 de febrero de 2003 (fl. 12 archivo 06.3 del expediente digital); posteriormente, a Skandia en fecha 15 de febrero de 2006 (fl. 36 archivo 08.1 del expediente digital); luego, a Santander en fecha 28 de septiembre de 2007 (fl. 57 archivo 07.1 del expediente digital); posteriormente, a Skandia en fecha 23 de junio del 2008 (fl. 39 archivo 08.1 del expediente digital); luego, a BBVA en fecha 27 de mayo de



2009 (fl. 11 archivo 06.3 del expediente digital); posteriormente, a Skandia en fecha 10 de abril del 2010 (fl. 40 archivo 08.1 del expediente digital); luego, a Horizonte en fecha 16 de septiembre de 2011 (fl. 15 archivo 06.3 del expediente digital); posteriormente, a Old Mutual hoy Skandia en fecha 28 de noviembre de 2015 (fl. 26 archivo 02 del expediente digital); por último, a Porvenir S.A. en fecha 29 de enero de 2018 (fl. 25 archivo 02 del expediente digital). Fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Davivir, hoy Protección, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 24 archivo 02 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«(...) cuando llegó el régimen los fondos de pensiones llegaron a la empresa, nos hicieron una reunión de 20 o 30 minutos y pues realmente nos dijeron miren, ustedes*



si no quieren perder sus ahorros, sus aportes, ustedes deben cambiarse a una de las AFPs, el seguro va a dejar de existir porque eso nos dijeron, que el seguro iba a dejar de existir, pues nos dijeron que también íbamos a obtener lo que habíamos aportado hasta el momento al Seguro Social. (...) básicamente en esa reunión nos dijeron que pues nosotros podríamos tener ventajas con las AFPs, que el Seguro Social lo iban a cancelar y que nosotros podíamos obtener los aportes que habíamos dado al Seguro Social. (...) lo que uno hace es que le llenan a uno los datos y uno revisa que todo esté bien, correcto, pero leer el formulario no lo hice (...)». Preciso que efectuó múltiples traslados entre AFP porque un asesor le indicó que ello era más beneficioso para el afiliado, acotando que solo firmaba los formularios de afiliación, sin asesoría alguna (Archivo de audio carpeta 24 del expediente digital).

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

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por el demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, la Corporación moduló que:

«(...) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los



términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador». (Subraya fuera de texto).

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 Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia, argumentando que dichos dineros constituyen una contraprestación a las AFP por el cumplimiento de su función.

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 las AFP apelantes, 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 las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas.



En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

COSTAS

El demandante CARLOS FIDEL PARDO VILLAMIL manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de imposición de costas procesales en contra de las sociedades demandadas, pues resultaron vencidas en juicio. A su turno, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. manifiesta que no debió ser convocada al proceso como llamada



en garantía, siendo procedente impartir condena en costas a su favor y a cargo de Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado no acertó al abstenerse de imponer condena en costas a cargo de las demandadas, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.

Motivo por el cual se revocará la decisión proferida en primera instancia, para en lugar imponer costas a favor del actor y a cargo de las demandadas. Igualmente, al resultar absuelta la aseguradora llamada en garantía, quien actuó en el presente proceso, se impondrán costas a su favor y a cargo de Skandia Pensiones y Cesantías S.A.



En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL DÉCIMO de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 17 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR** en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la AFP Porvenir S.A. y a la AFP Protección S.A. a favor del demandante, así como condenar en costas a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a favor del demandante y de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo los demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

08202000193 01 44

la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y Skandia S.A. Pensiones y Cesantías, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

08202000193 01 45

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a favor del demandante, 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 **JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ** contra
ECOPETROL S.A. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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: El señor JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS S.A. – ECOPETROL S.A., a término indefinido entre el 3 de junio de 1987 y el 30 de diciembre de 2017; que se debe calcular la mesada pensional reconocida por la entidad bajo los parámetros de la Convención Colectiva vigente de 2014 -2018 y consecuencia de ello, se debe reliquidar la pensión de jubilación.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a ECOPETROL a reliquidar la pensión de jubilación con base en la convención colectiva vigente entre el año 2014-2018; que se debe reconocer el retroactivo causado a partir del 31 de diciembre de 2017 y las que se causen a futuro; que se incremente la mesada pensional conforme al IPC del año anterior a aplicarse la Convención; a pagar los valores debidamente indexados, las costas y agencias en derecho, así como derechos que se encuentren probados.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 6 de la carpeta 001-026, archivo 009 escrito de subsanación del expediente digital, que en síntesis advierten, que mantuvo un vínculo laboral con ECOPETROL entre el 3 de junio de 1987 y el 30 de diciembre de 2017; que cumplió los requisitos legales para acceder a la pensión el 3 de junio de 2010; que, directamente la entidad le reconoció la pensión el 30 de diciembre de 2017; que el 30 de julio de 2018 la entidad reliquidó las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones del trabajador en el año 2017; que, la pensión fue reliquidada en cuantía de \$6.584.734 para el año 2017; que, la entidad pagó el retroactivo causado a favor del actor; que tiene derecho a que la pensión le sea incrementada en un 22,50%, al



prestar sus servicios por más de 29 años a la entidad; que la prestación debe reconocerse bajo los apremios del artículo 6 de la Convención Colectiva del año 2014-2018; que el 22 de mayo de 2019 presentó reclamación administrativa y el 10 de junio de la calenda enunciada, la misma es resuelta en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: ECOPETROL S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, los derechos reclamados no tenían ningún asidero jurídico, al soportarse las pretensiones en una norma ineficaz por ser contraria a lo dispuesto en el Acto Legislativo 001 de 2005. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia de las obligaciones, prescripción, buena fe, falta de competencia del juzgado, compensación y la genérica (Carpeta 001-026, archivo 013).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2022, resolvió; **condenar** a Ecopetrol a reliquidar la pensión de jubilación convencional por Plan 70, al demandante, fijando el monto de la mesada para el año 2017, en cuantía de \$7.682.190; **condenó** a Ecopetrol a pagar el retroactivo causado desde el 30 de diciembre de 2017 a enero de 2022, en cuantía de \$63.588.711; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; se abstuvo de imponer condena costas; **ordenó** la consulta a favor de Ecopetrol.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...De suerte que al analizar esta cláusula convencional respecto del caso del señor José Alejo Rodríguez es evidente que la interpretación que realizó Ecopetrol no se encuentra conforme con lo señalado incluso por el acto legislativo 01 del año 2005 y afecta el derecho consolidado por el demandante, pues no



aplica la norma de forma integral sino de forma parcializada limitando la misma a la fecha establecida por el acto legislativo pero se desconoce que al tratarse de un derecho adquirido pues no tenía ninguna limitación frente al tema señalado en el acto legislativo, luego lo que se evidencia es que a pesar entonces de que el demandante consolidó el derecho pensional antes del 31 de julio del año 2010 solo vino disfrutar la misma con ocasión de la terminación del contrato de trabajo el 21 de diciembre del año 2017 motivo por el cual pues Ecopetrol no puede desconocer el total de años prestados por el trabajador y que al ser la misma entidad pagadora la que acepta que le es aplicable el artículo 106 convencional debe aplicarlo de forma completa, no puede escindirlo dado que afecta el derecho pensional de su ex trabajador, luego bajo ese escenario para el despacho es claro que el factor 2.5% después de los 20 años debe aplicarse no sobre los dos años que realizó Ecopetrol sino por los 9 años adicionales laborados por el señor José Alejo Rodríguez González y así se dispondrá en la parte resolutive...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Ecopetrol**, manifiesta como motivos de disidencia frente al fallo, al considerar que, las pretensiones incoadas por el demandante, se basa en una norma convencional del año 2014-2018, respecto de la cual no se podían pactar derechos pensionales extralegales al ser acordada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció como límite temporal para proteger este tipo de derechos el 31 de julio de 2010; en segundo lugar indica que, no es viable reajustar la pensión en un 2,5% adicional al 75% ya reconocido, por cuanto, para la fecha en que el demandante consolidó el derecho, solo contaba con 2 años adicionales a los 20 laborados, para incrementar su pensión y por ello, la entidad le reconoció el 5% adicional, no siendo procedente otro reajuste.

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**, estima que la decisión emitida en primera instancia se encuentra ajustada a derecho y por tanto solicita se confirme en su integridad, máxime que, le fue reconocida una pensión conforme a los lineamientos de la Convención Colectiva del año 2014-2018; que tiene derecho al reconocimiento del 2,5% por cada año prestado en forma adicional, después de acreditarse los 20 años de servicio.

A su turno, el apoderado de **Ecopetrol S.A**, reclama se revoque la sentencia emitida, al argüir para tales efectos que, los derechos extralegales reclamados por el petente son ineficaces, al basarse en lo dispuesto en la Convención suscita en el año 2014-2018, documento para el cual no se podían pactar derechos pensionales extralegales, al ser emitidos con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005 y que extendió el límite para el reconocimiento de la pensión hasta el 31 de julio de 2010; que el demandante solo consolidó 2 años adicionales a los primeros 20 de servicio y estos fueron reconocidos por la entidad.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación incoada el 22 de mayo de 2019, ante ECOPETROL, mediante el cual reclamó el



reconocimiento de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para tales efectos, lo dispuesto en la Convención Colectiva de 2014-2018 (carpeta 001-026, archivo 003, folio 17 del expediente digital).

STATUS DE PENSIONADO

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JOSÉ ALEJANDRO RODRÍGUEZ GONAÁLEZ, pues es patente que mediante oficio CGC USR SERV COMPARTIDOS del 28 de diciembre de 2017, ECOPETROL le reconoció al demandante una pensión de jubilación a partir del 30 de diciembre de 2017 y reliquidada con oficio CGC USR SERV COMPARTIDOS del 30 de julio de 2018, fijando como pensión para el año 2017, en cuantía de \$6.584.734, en aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1° del Decreto Reglamentario 807 de 1994.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de pensionado del demandante, resta por establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el artículo 106 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ECOPETROL y la USO entre el año 2014 – 2018, teniendo para tales efectos, en cuenta el porcentaje adicional, a los 20 años de servicio prestados a la entidad convocada a juicio.

Al analizar la Sala las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de oficio de fecha 28 de diciembre de 2017, por medio del cual se reconoció pensión de jubilación plan 70 al demandante (carpeta 001-026, archivo 003, folio 1 del expediente digital); oficio del 8 de febrero de 2018, denominado



liquidación pensión de jubilación por plan 70 (carpeta 001-026, archivo 003, folio 3 del expediente digital y archivo 013, folio 102 del expediente digital); oficio del 8 de marzo de 2018, en el que se da respuesta a una petición incoada por el demandante (carpeta 001-026, archivo 003, folio 5, 9 del expediente digital); oficio del 30 de julio de 2018, en el que se reliquida la pensión de jubilación al trabajador (carpeta 001-026, archivo 003, folio 12 del expediente digital y archivo 013, folio 92, 108 del expediente digital); derecho de petición incoado por el demandante (carpeta 001-026, archivo 003, folio 14 del expediente digital); respuesta de entidad a derecho de petición (carpeta 001-026, archivo 003, folio 96 del expediente digital); contrato de trabajo a término fijó suscrito por las partes intervinientes (carpeta 001-026, archivo 013, folio 92 del expediente digital); contrato a término indefinido suscrito entre las partes (carpeta 001-026, archivo 013, 95 del expediente digital); desprendible de liquidación de ganancias para pensión (carpeta 001-026, archivo 013, folio 100 del expediente digital); desprendible de pago de primera mesada pensional (carpeta 001-026, archivo 013, folio 104 del expediente digital); reliquidación de ganancias para pensión (carpeta 001-026, archivo 013, folio 106 del expediente digital); certificación laboral emitida por Ecopetrol (carpeta 001-026, archivo 003, folio 17 del expediente digital).

BENEFICIOS CONVENCIONALES - LIMITE TEMPORAL

En el caso de autos, al demandante señor José Alejo Rodríguez González, le fue reconocida la pensión de jubilación Plan 70, por considerar cumplidos los requisitos legales contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo, la Ley 100 de 1993 y el Código Sustantivo del Trabajo.

Atendiendo tal marco normativo se procede al análisis, arguyendo que de tal estadio fáctico la activa dirige su reconocimiento, a lograr la reliquidación pensional bajo los lineamientos de la Convención Colectiva



celebrada entre el año 2014 – 2018, sin embargo, la demandada, a la hora de contestar el libelo genitor, fue enfática al contestar el hecho 2 que *“No me consta lo señalado en este numeral tal y como está redactado; lo cierto es que de acuerdo al reconocimiento a la pensión de jubilación convencional concedida al señor JOSÉ ALEJO RORIOGUEZ (sic) GONZALEZ por cumplir los requisitos para acceder a ella, al 31 de julio de 2010, de acuerdo a la Convención Colectiva de Trabajo, vigente para los años 2009-2014, puesto que los derechos pensionales convencionales se extinguieron al Acto Legislativo Constitucional 001 de 2005, a partir del 1 de agosto de 2010, razón por la cual los derechos pensionales extralegales estipulados en la Convención Colectiva vigente para los años 2014-2018 son ineficaces por ser contrarias y posteriores a la vigencia del Acto legislativo 001 de 2005”*.

Nótese de lo anterior que, de acuerdo a una lógica temporal, la fuente del derecho reclamado por el actor no podría ser la Convención Colectiva con vigencia 2014-2018 que reposa en el expediente, en primer lugar, por cuanto esta tuvo vigencia a partir del 1° de julio de 2014 y el Acto Legislativo 01 de 2005 entró en vigencia desde el 29 de julio de 2005, por lo que, para la fecha del reconocimiento pensional (30 de diciembre de 2017), ya existía una prohibición legal de plasmar beneficios pensionales a los trabajadores, diferentes a los consagrados legalmente en el sistema general de pensiones; fluyendo en forma palmaria que, la fuente primigenia del presunto derecho pensional del actor, debió ser un acto colectivo celebrado con anterioridad al 2014.

Así las cosas, tiene esta Sala de Decisión que de la copia de la Convención Colectiva aportada con el libelo genitor, se puede concluir que previo a la convención de la cual se reclama su aplicación, es decir, la celebrada entre el año 2014-2018, existía otra convención colectiva celebrada entre la fuerza sindical y ECOPETROL S.A., pues ello se puede desprender del artículo 164 (carpeta 001-026, archivo 005 anexos demanda, fol. 55) y por ello, frente a esta nueva convención, perdió vigencia otra que había sido celebrada el 10 de septiembre de 2009.



En tal sentido, debe recordarse que, el Acto Legislativo 01 de 2005, en su artículo 1°, parágrafo 2° restringió la expedición de beneficios pensionales a los trabajadores, al indicar que, *“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”*

Aunado a lo anterior, el mismo Acto Legislativo 01 de 2005 en el parágrafo transitorio 3, estableció *“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulados... En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, **no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigente. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010**”* (Resaltado de la Sala).

Deviniendo del texto normativo, tres hipótesis que se podían presentar a la entrada en vigencia del aludido Acto Administrativo, en lo tocante al reconocimiento pensional, situaciones que fueron analizadas y rectificadas en forma reciente por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3635 de 2020, en el que señaló.

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo



y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010...”

Concluyéndose en este punto que, respecto al término inicialmente pactado, la H. Corte Suprema de Justicia, realizó una extensión a su interpretación y aplicación de los textos convencionales, en el sentido, de aplicarlos, aún después del 31 de julio de 2010, si así fue estipulado en el aludido escrito, de no ser ello así, las vigencias de los beneficios pensionales se mantendrían vigentes únicamente hasta el 31 de julio de 2010.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU 555 de 2014, señaló unos presupuestos contenidos en el acto legislativo 01 de 2005, donde resalta como uno de ellos la imposibilidad de fijar condiciones pensionales diferentes a partir de la vigencia de la norma constitucional:

*“Debe tenerse en consideración que el principal objetivo de la reforma de 2005 fue **homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales** en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema.*

*De igual manera, se establecen presupuestos básicos para el funcionamiento del sistema general de pensiones, entre los que se encuentran: (...) **(iv) imposibilidad de hacer pactos o convenciones colectivas con beneficios pensionales superiores.** A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones (...)”*



Pues bien, es claro entonces que las condiciones pensionales diferentes al sistema general de pensiones, que hayan sido acordadas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 carecen de todo asidero jurídico, por cuanto aquellas quedaron abrogadas el 31 de julio de 2010 según la disposición constitucional, creándose una excepción a este tópico, el cual no es otro, que la estipulación de un término superior al 31 de julio de 2010 y el cual debe encontrarse plasmado en forma clara en los acuerdos convencionales.

Retomando el tema objeto de debate, se tiene que, para el caso en concreto, la vigencia de la Convención Colectiva que pretende hacer valer como soporte normativo de su derecho la parte demandante, se da a partir del 1° de julio de 2014, tal como se indica en su artículo 165, por tanto, resulta irrefutable que las condiciones pensionales pactadas allí resultan para el asunto absolutamente ineficaces, por constituirse como un derecho pensional disímil al régimen legal aplicable.

Aunado a lo anterior, en el sub examine, después de revisar el cartapacio procesal, tal como lo verificó el A quo, no se arrimó la Convención Colectiva suscrita entre la USO y ECOPETROL, con anterioridad al año 2014, con la cual se pueda establecer con certeza las condiciones o requisitos que debían cumplir los trabajadores de Ecopetrol para que les fuese reconocida la pensión de jubilación, así como el salario, factores salariales, tasa de reemplazo y porcentajes adicionales a reconocer, después de cumplirse los 20 años de servicios, máxime, que ECOPETROL desde el escrito de contestación negó que el reconocimiento pensional hubiera sido bajo el amparo de la Convención suscrita para el año 2014-2018.



Retornando al tópico probatorio, debe resaltar esta Sala de Decisión, que si la parte actora en una razón de derecho acude a una norma de carácter convencional donde se encuentra compilada la prestación deprecada, la misma debe ser aportada con el libelo genitor, con su respectiva nota de depósito como lo indica el artículo 469 del C.S.T., sin embargo, en este punto, el promotor litigioso únicamente aportó la Convención del año 2014-2018, de la cual, se itera, no se puede concluir que devenían los derechos reconocidos por la convocada a juicio.

Así lo asiente el órgano de cierre de la especialidad en sentencia del 4 de diciembre de 2003, rad. N°21042 y reiterada en sentencia SL 13693-2016, al enseñar sobre la necesidad de arrimar al proceso judicial las convenciones colectivas respecto de las cuales se reclaman prestaciones, señalando:

“Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo, ni menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquélla sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta [...]”

Como se señaló inicialmente, es en aquel medio de convicción donde el operador de justicia ha de desplegar su capacidad analítica y que lo orienta además a conceder o negar el derecho reclamado, prueba además que debe cumplir determinadas condiciones, si así se lo exige la Ley.

De lo anterior es dable concluir que se torna inocuo un análisis frente a los requisitos para el acceso a la reliquidación reclamada de conformidad con la convención colectiva de trabajo celebrada entre USO y ECOPETROL S.A. en el 2014, por cuanto, el ex trabajador debió acopiar al cartulario el texto convencional que se encontraba vigente para la época en que



cumplió con los requisitos para acceder a su derecho pensional, pues a esta Sala no le es permitido presumir su existencia.

De los argumentos esgrimidos, se puede concluir que se incurrió en un dislate jurídico al reconocer la reliquidación pensional con la Convención Colectiva del año 2014-2018 y en tal sentido, deberá revocarse la sentencia emitida por el Juzgado de conocimiento y en su lugar absolverse a ECOPETROL de las pretensiones incoadas por el demandante.

COSTAS:

Dadas las resultas del recurso de alzada, se revoca la condena en costas fijada en primera instancia, y en su lugar se ordenará al juzgado de conocimiento, proceda a fijar costas causadas en el trámite litigioso a cargo del demandante y a favor de la convocada a juicio. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 2022, para en su lugar, **ABSOLVER** a **ECOPETROL S.A.** de las pretensiones incoadas por **JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.



SEGUNDO. COSTAS. Se revocan las costas de primera instancia y en su lugar se ordena al juzgado de conocimiento proceda a fijar costas a cargo del demandante. Las costas de segunda instancia, estarán a cargo del demandante y a favor de ECOPETROL S.A.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JOSÉ ALEJO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ y a favor de ECOPETROL S.A., en la suma de \$200.000 pesos moneda corriente.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



142020000112 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GUSTAVO ADOLFO MORALES MEJÍA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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»



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **GUSTAVO ADOLFO MORALES MEJÍA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 20 de junio de 1996, al igual que del traslado horizontal efectuado hacia la AFP Porvenir, el 28 de junio de 2006. Como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados, como si nunca se hubiere traslado, en virtud del regreso automático; ordenar su retorno con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral y bono pensional a que haya lugar; se condene a lo que resulte *proba ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicita se declare válida únicamente la afiliación realizada al RPM, conforme a la situación de multivinculación generada por causa del traslado acaecido ante la AFP Colpatria, el 20 de junio de 1996, en tanto no habían transcurrido 3 años contados desde la vinculación inicial (fls. 23 y 24).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 24 y 25 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 23 de abril de



1958, motivo por el cual cuenta con 62 años; que el 20 de junio de 1996 se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., sin que los asesores de la citada le brindaran información clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular. Aduce que en toda su vida laboral ha cotizado un total de 1.553 semanas y que, conforme a simulaciones pensionales realizadas, se presenta una diferencia en el valor de la pensión de vejez, que sería reconocida en uno u otro régimen. Concluye indicando que el 17 de julio de 2019 agotó la correspondiente reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que de las pruebas allegadas dentro del acervo probatorio y de los fundamentos fácticos y jurídicos mencionados en la demanda, es evidente que en el presente caso, el demandante no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS, al suscribir el formulario de afiliación con el fondo COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Refiere que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, además, no presentó multivinculación, porque en el RPM permaneció por un período superior a 3 años. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen,



responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (Cd. a folio 34).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que el demandante solicitó el traslado de régimen mediante formulario del 20 de junio de 1996, el cual cobró efectividad a partir del 1º de agosto de símil año, acotando que conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los afiliados a cajas o al ISS a marzo de 1994, no se les aplica ninguna restricción para su traslado de régimen, por lo que pueden hacerlo en cualquier tiempo, como así ocurrió en el caso del demandante, de manera que su afiliación al RAIS goza de plena validez. **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. 54 a 66).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de enero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del



acto de traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto, siempre estuvo afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración o comisiones; **declarar** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; **condenar** en costas a las demandadas. (Cd. folio 92).

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el traslado realizado



por el demandante en el año 1996, es completamente válida y eficaz, dado que suscribió el respectivo formulario de afiliación, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen y recibiendo asesoría. Señala que el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha venido incrementándose a lo largo del tiempo, anotando que a la época del traslado no se exigía documento diferente al formulario de vinculación y una asesoría sobre características del régimen, evitando cualquier coacción que afectara el derecho a la libre escogencia, por manera que en virtud del principio de la irretroactividad de la ley, no se le pueden exigir deberes que nacen con posterioridad, debiendo otorgársele todo el valor probatorio al mentado formulario, máxime que han pasado más de 20 años desde que tuvo lugar el traslado, lo cual dificulta la consecución de otros medios probatorios para demostrar que este se perfeccionó con el cumplimiento de todos los requisitos legales.

Indica que no es procedente la condena por gastos de administración y sumas de la aseguradora, toda vez que resulta contradictorio retronar estos dineros junto con los rendimientos financieros, cuando las consecuencias de la ineficacia implican considerar que el acto pierde todo efecto, a más que la deducción de las sumas en mención se encuentra amprada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, siendo a su vez cumplida la obligación que ellas generan, esto es, la obtención de rendimientos financieros, con base en la correcta administración de los aportes efectuados por el demandante a lo largo de su vinculación. Concluye afirmando que los seguros de invalidez y sobrevivencia garantizaron una cobertura al demandante frente a tales riesgos y las



primas ya fueron trasladadas a las aseguradoras, circunstancia que imposibilita su devolución, menos aun cuando no están destinadas a financiar la pensión de vejez.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que la sentencia de primer grado no consideró el principio de relatividad jurídica, ya que Colpensiones representa un tercero de buena fe ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor, Colpatria y Porvenir, de suerte que la administradora del RPM no puede verse favorecida ni perjudicada con la decisión que se adopte en el presente caso, y mucho menos se le debe ordenar recibir al extremo activo como nuevo afiliado del RPM, en tanto ello afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema, previsto como principio en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005.

Añade que no puede perderse de vista que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Sostiene que, conforme a lo definido por la Corte Suprema de Justicia, el retorno del afiliado implica que se reintegre la totalidad de la cotización, los descuentos por garantía de pensión mínima, rendimientos, porcentajes de seguros pensionales y gastos de administración, e igualmente, implica la anulación del bono pensional, además, se debe condenar a la AFP a que reconozca a Colpensiones los perjuicios económicos que la ineficacia del traslado le genera. Concluye advirtiendo que es improcedente la condena por costas, pues la misma



debe estar sustentada en los medios de convicción, lo cual no se evidencia en el caso objeto de estudio.

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: Afirma que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 20 de junio de 1996 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colpatria hoy Porvenir S.A. y los posteriores traslados entre administradoras del RAIS, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, y en especial, de su situación personal y concreta.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros



establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

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, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 6 de las diligencias.



PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 GUSTAVO ADOLFO MORALES MEJÍA al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., antes COLPATRIA, 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, cédula de ciudadanía del demandante (fl. 4), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 6 a 9), historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 11 a 13 y 43 a 45), simulación pensional (fls. 17 a 20), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 34), formularios de afiliación a la AFP Colpatria y a la AFP Porvenir (fl. 43), certificación expedida por la AFP Porvenir (fl. 45), historia laboral válida para bono pensional (fl. 46), comunicados de prensa (fls. 45 y 48), e interrogatorios de parte rendidos por la representante legal de Porvenir S.A. y por el demandante (Cd. a folio 91).

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

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

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

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

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

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

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

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



deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones,



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

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

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

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

En tal sentido, el 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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

142020000112 01 22

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o



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

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

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

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

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

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

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

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

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



abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro



de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se afilió al otrora ISS desde el 1º de junio de 1980 hasta el 31 de julio de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (Cd. a folio 34), para luego trasladarse a la AFP Colpatria el 2 de junio de 1996 (fl. 43); además, el 28 de junio de 2006 se vinculó a la AFP Porvenir (folio 43), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, conforme da cuenta la certificación visible a folio 45; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no



se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 45).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que mientras trabajaba para la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, fue visitado por un asesor de la AFP, quien en una reunión muy corta le aseguró que los fondos privados de pensiones garantizaban mayor seguridad y reportaban una rentabilidad, que permitía obtener una pensión mejor en un lapso de tiempo inferior al RPM, por manera que accedió a su traslado porque le gusto la oferta. Que no le mencionaron los aportes voluntarios, ni la existencia de una cuenta de ahorro individual a su nombre, y que se trasladó a Porvenir porque Colpatria no lo volvió a contactar (Cd. a folio 91).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colpatria hoy 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 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 al 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, lo cual conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros constituyen una contraprestación de la AFP por el cumplimiento de su función.

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, 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 los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

Se aclara que, 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, además, no es procedente efectuar ningún estudio sobre las acciones que puede asumir Colpensiones en contra de la AFP, dado que ello no hace parte de la fijación del litigio y la citada no compareció al proceso formulando pretensiones en contra Porvenir.

COSTAS

La demandada Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales, pues a su juicio las mismas no se demuestran causadas. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda



prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado acertó al imponer condena en costas a cargo de Colpensiones, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 17 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GUSTAVO ADOLFO MORALES MEJÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA**



DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

142020000112 01 33

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. 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 **HOLMAN SEIVEN ZULUAGA PONCE DE LEÓN** contra **DISTRIBUIDORA ROMA T.A.T.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor HOLMAN STEVEN ZULUAGA PONCE DE LEÓN solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con la SOCIEDAD ROMA TAT EU, desde el 5 de diciembre de 2011 hasta el 9 de septiembre de 2017, el cual feneció sin justa causa; que se le adeudan las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, causadas durante el vínculo laboral; así como, la indemnización por terminación del contrato sin justa causa; salarios de los dos últimos meses laborados; sanción por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de las cesantías; que debe reintegrar el valor de la retención en la fuente cobrada sobre su salario; que se deben pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación durante el vínculo contractual; que se reconozcan derechos conforme a las facultades *ultra y extra petita* y al pago de las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 7 a 9 del expediente digital, que en síntesis advierten, que entre las partes se celebró un contrato de trabajo el 5 de diciembre de 2011; que el cargo a desempeñar fue el de conductor para la distribución de productos; que el salario pactado fue de \$3.200.000; que la labor fue desplegada en forma personal, atendiendo instrucciones y cumpliendo un horario de trabajo; que el 9 de septiembre de 2017 el demandante decidió dar por terminado el contrato con justa causa; que la empresa no le canceló prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social a pesar de realizarse los descuentos respectivos; que, se le adeudan los dos últimos meses de salarios, prestaciones y demás derechos; que el actor citó a la demandada a conciliación ante el Ministerio de Trabajo el 28 de septiembre de 2017; que solicitaron a la empresa copia del contrato



de trabajo y soportes de pago al sistema de seguridad social pero estos no fueron expedidos; que le era realizada retención en la fuente sobre su salario.

CONTESTACIÓN: La demandada, **DISTRIBUIDORA ROMA TAT EU**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, entre las partes existió un contrato de prestación de servicios de transporte y por tanto no tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales. Como medios **exceptivos**, propuso los de, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción y buena fe (fl. 31 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 14 de diciembre de 2021, resolvió; **declarar probadas** las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido propuestas por Distribuidora Roma; **absolvió** de la totalidad de las pretensiones a la demandada; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de providencia a favor del demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así entonces del análisis en conjunto de las pruebas reseñadas y que a esta altura permiten afirmar que la mayor parte o la gestión probatoria en mayor parte fue desplegada por la demandada y teniendo presentes ya la relación de pruebas que se acaba de hacer, tenemos entonces que estas pruebas se puede concluir sin dificultad que no se destaca la presencia del elemento característico del contrato de trabajo cómo es la subordinación entre un empleador y un trabajador y ni siquiera se puede destacar de estas pruebas que el demandante haya tenido un superior jerárquico y haya recibido órdenes de aquel, siendo del caso precisar que



todos los testigos al unísono informaron de manera coherente y precisa que el demandante podía en ocasiones ausentarse del cumplimiento de su labor y podía delegar en un tercero la ejecución de esa labor de distribución de la mercancía de los productos de Nestlé lo que de paso entonces desvirtuaría además la prestación personal del servicio en la forma como lo define la jurisprudencia, pues finalmente el demandante podía encargar y al parecer lo hizo a terceros para la ejecución de esas labores...”.

CONSULTA

Contra esta sentencia los apoderados de las partes no interpusieron recursos, por lo cual el *A quo* procedió a enviar el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado Jurisdiccional de **Consulta**, el cual procede a desatar esta Sala por cuanto no se observa causal que invalide lo actuado, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el grado jurisdiccional de consulta a favor del convocante a juicio, esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la existencia de una vinculación de carácter laboral entre HOLMAN SEIVEN ZULUAGA PONCE DE LEÓN y DISTRIBUIDORA ROMA T.A.T.; de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias laborales reclamadas en la demanda.



RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil – Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Acorde con el problema jurídico planteado en líneas anteriores, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, copia del acta de no conciliación emitida por la Inspección del Trabajo (fl. 17 archivo digital); certificación emitida por Distribuidora Roma (fl. 19 archivo digital); derecho de petición incoado ante la demandada (fl. 20 archivo digital); fotografías de vehículo (fl. 45 archivo digital); licencia de tránsito y pago de Soat del vehículo de placas SXZ630 (fl. 46 archivo digital); pagaré suscrito por deudor y codeudor, así como la carta de instrucciones para el diligenciamiento del título valor (fl. 47, 49 archivo digital); RUT del demandante (fl. 50 archivo digital); contrato de compraventa del vehículo automotor SXZ630 (fl. 51 archivo digital); cuenta de cobro presentada por el demandante (fl. 55, 59, 62, 65, 68, 71, 74, 77 archivo digital); documento denominado “pago entregador” (fl. 56, 60, 63, 66, 69, 72, 75 archivo digital); factura de compra emitida por Distribuidora Roma (fl. 57, 61, 64, 67, 70, 73, 76, 78 archivo digital); informe de separación emitido por Distribuidora Roma (fl. 58 archivo digital); certificaciones de retenciones efectuadas al demandante (fl. 90 a 94 del archivo digital); probanzas de las cuales



se acredita, que HOLMAN STEVE ZULUAGA PONCE DE LEÓN prestó sus servicios personales como Transportador desde el 5 de diciembre de 2011 al 9 de septiembre de 2017, como da cuenta de ello la certificación militante a folio 19 del expediente digital, que a la letra señala:

«Que el señor HOLMAN STEVE ZULUAGA PONCE DE LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía número 1.032.370.846 de Bogotá, presta sus servicios de transporte mercancía de productos Nestlé de lunes a sábado, desde el 05 de diciembre de 2011.

Devengando un promedio mensual de tres millones doscientos mil pesos (\$3.200.000)...»

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que el *sub judice* se centra en determinar la naturaleza contractual de la relación que unió a las partes procesales, pues la demandada alega que el nexo fue regido por un contrato civil y, por su parte, la activa aduce que las actuaciones que rigieron la vinculación configuran un contrato de carácter laboral, sea lo primero advertir que conforme a los presupuestos facticos probados en la *Litis* y relacionados de manera precedente, es viable establecer que la prestación humana desplegada por HOLMAN STEVE ZULUAGA PONCE DE LEÓN se encuentra enmarcada en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*».

Así las cosas, resulta forzoso que la sociedad demandada en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme al organismo de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la



sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39600 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, sí de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, como ocurre en el caso de autos, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñadas que dispusieron:

«Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente» (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Motivo por el cual, le corresponde al funcionario judicial examinar si se presentan elementos de juicio que permitan inferir la inexistencia de la aludida subordinación. Corolario a ello, y con el propósito de resolver la anterior disquisición, se tiene a folios 55, 59, 62, 65, 68, 71, 74, 77 archivo digital, sendas copias de cuentas de cobro presentadas por el accionante donde se advierten montos disímiles entre meses, por el servicio de transporte.

Igualmente se acredita con el interrogatorio de parte efectuado a la representante legal de la convocada a juicio quien, aceptó la prestación del servicio del demandante, pero haciendo la salvedad que este se rigió por “...un contrato de prestación de servicios, él transportaba mercancía y entregaba mercancía, no tenía ningún horario establecido y él subcontractaba una persona para realizar dicha labor”; que el demandante “tenía varias personas, las que él contratara, él tenía un primo que lo contrataba y tenía otra persona que también contrataba, que en el momento se me olvida el nombre”; que cuando el demandante no podía ir a las instalaciones de la empresa, contrataba a otra persona para que realizara la tarea.



Que la labor desplegada por el señor Zuluaga, “...era transportador, ósea, esta es una empresa comercializadora de productos Nestlé, donde nosotros atendemos clientes tienda a tienda, donde él, cuál era el trabajo de él, él recibía la mercancía, la entregaba a los clientes y ya, consignaba, pero eso era como una instrucción, si él quería consignar o si no, pues consignaba él o mandaba otra persona, la persona que, no tenía que ser él, el que hiciera directamente esa labor”; que, la empresa se encargaba de indicarles a que clientes llevar los productos, sin embargo, de la empresa salían con “...unos cargues dónde él lo podía llevar a la hora que quisiera, ósea las planillas dónde están los nombres de los clientes él lo entregaba”.

En lo tocante a la remuneración, informó que, “yo no acordé con él ningún pago fijo porque esto era una prestación de servicios donde se le pagaba por entregar de acuerdo a lo que él entregara, las mercancías, antes se iba un porcentaje, yo nunca le contraté que iba a ganar tanto, es falso”.

A su turno, Leonardo Maldonado León, quien informó haber sido un entregador de productos en la empresa; conoció al demandante en la Distribuidora Roma; que la empresa se encarga de “distribuir los productos exclusivamente de Nestlé”, que tiene una bodega, donde almacena la mercancía y se encarga de su distribución.

El modo de trabajar de la Distribuidora reside en manejar “...el sistema de preventa, es decir que tiene unos vendedores que toman una serie de pedidos en el canal tienda a tienda, es decir de un sector determinado, es decir la empresa como tal tiene un sector determinado que se lo adjudica a la empresa o sea Nestlé, la fábrica como tal”; que en el carro propiedad del transportador, se entregan los pedidos, dependiendo de las ventas que realice el vendedor, “esos vendedores van tomando pedido y al otro día van y se entrega, entonces en la tarde se recopilan esos pedidos y en la oficina se hace la repartición de ósea uno tiene dos o tres vendedores adjudicados, sí, es



decir que siempre va a visitar esos clientes y es decir va a ir, va a ir, a entregar los pedidos de los que el vendedor ha tomado”.

En el caso específico del demandante, informó que este era dueño de una camioneta tipo van, y que en el automóvil *“Igual que a mí, se nos entregaba la mercancía, nosotros lo que hacíamos era coger las facturas, organizarlas e ir a entregarlas, es decir después de que se nos entregaba la mercancía salíamos para la calle a entregar nuestros pedidos”*; que iban de lunes a sábado, pero no tenían un horario y les pagaban su retribución *“por lo que entregáramos”*; en cuanto a la supervisión, dijo que, *“no se ejercía ninguna vigilancia, era responsabilidad de cada uno y ya digámoslo así con más confianza, porque uno salía a la calle a entregar sus productos y la responsabilidad era de cada entregador”*; que dependiendo de la hora que llegasen a la empresa, le asignaban la mercancía a entregar; que usualmente cuando llegaban, se encontraba con el demandante o *“el ayudante”*; que les era entregado un listado de personas o clientes a entregar los productos, porque cada pedido iba facturado; que el dinero recibido de los productos lo consignaban y conforme a ello, le eran pagados sus servicios.

Durante el tiempo que duró prestando sus servicios a la Distribuidora, nunca le llamaron la atención; que tampoco le daban instrucciones *“porque ya sabíamos lo que teníamos que hacer y pues esas instrucciones se nos dieron desde el principio, a no ser de que tuviéramos alguna duda, alguna situación con un cliente por ejemplo hay un cliente que no tiene el dinero, entonces se llamaba para autorizar si lo dejábamos o no lo dejábamos, esa clase de instrucciones”*; cuando no podía asistir a la empresa otra persona asumía el trabajo del demandante.

Erika Ramírez, es vendedora de productos de Nestlé para Distribuidora Roma y conforme a ello, toma pedidos y diligencia la información en el celular; conoció al demandante como *“entregador”* de los productos que



ella vendía; que cuando existía algún error en su trabajo, él se comunicaba con ella y le decía; que en su gran mayoría ella llegaba a las 6:20 de la mañana y no se lo encontraba y a veces cuando salía él estaba o no afuera; que se encargaba de recoger el producto y entregar lo que ellos vendían; que si él no podía entregar los pedidos otra persona lo hacía; que nunca presenció que la señora Gilma (representante de la empresa) le hiciera llamados de atención al reclamante.

Respecto al horario, señaló que, los transportadores *“no tienen horario, pues la verdad a medida que entregan los pedidos, o sea a medida de que van llegando y reciben su cargue, así mismo se van yendo y así mismo se van yendo temprano a su casa, si él termina 1 o 2 de la tarde pues se va y pues si él termina a las 5 de la tarde pues también, no tenían horario, de que yo sepa no”*.

El testigo Jesús Alonso Zambrano Garzón, es transportador, conoció al demandante, hace siete años aproximadamente; que el actor, compró una camioneta de carga y llegó a *“la empresa para que le ayudaran a trabajar”*; en cuanto al horario referenció que, *“en la transportadora nunca nos han exigido un horario”*; que tampoco recibían órdenes, ni llamados de atención o requerimiento por parte de la señora Gilma, porque al ser transportadores, eran independientes; que tampoco tenían control o vigilancia por parte de la distribuidora ni les era asignado un horario, simplemente, se encargaban de llevar, entregar el pedido y al otro día entregar las cuentas.

Durante el tiempo que el demandante se desempeñó como trabajador, él tuvo un auxiliar que se encargaba de *“ayudarle a entregar pedidos”* y en algunas ocasiones lo reemplazó cuando este se iba a pasear, encargándose también del pago por las labores realizadas, y finalmente, manifestó no recordar el nombre de esta persona.



Así de las pruebas anteriormente analizadas y valoradas, se tiene que, la representante legal y testigos convocados al juicio, al unísono refieren la prestación del servicio de la activa, empero, llama la atención de la Sala que en lo concerniente a la subordinación, adujeron que la actividad desplegada por Zuluaga Ponce De León era realizada de manera independiente, contando con completa autonomía en sus funciones, sin cumplimiento de un horario por las características de la labor, que era la entrega de productos alimenticios, donde aquel tenía la potestad de contratar libremente personal que lo auxiliara o reemplazara, así como utilizar para desplegar su labor.

Adicionalmente, que la entrega de mercancía se realizaba al demandante, para que este la transportara en un automóvil de su propiedad e identificado con las placas SXZ630, conforme a la licencia de tránsito, contrato de compraventa del automotor y pagaré firmado a favor de Distribuidora Roma, acopiados al haz probatorio (fl. 46, 47 y 49 del expediente digital) y del cual se puede concluir que no le eran suministradas herramientas de trabajo para la realización de las labores encomendadas².

Luego entonces, se puede inferir que la empresa se limitaba a entregar la mercancía o los pedidos realizados por los clientes a los vendedores de la empresa y el demandante se encargaba de entregarlos y depositar el dinero en una cuenta bancaria, por lo que, conforme a los dineros pagados por la mercancía, recibía la comisión o pago de sus servicios, pero esta no era fija o constante, ya que este valor dependía del monto del producto entregado, conforme a las cuentas de cobro acopiadas y a las cuales se hizo referencia en precedencia y la prueba testimonial recaudada.

² Sentencia 19048 del 11 de diciembre de 2002, radicado No. 19048, reiterada recientemente en sentencia sl156 del 7 de febrero de 2018



Así las cosas, del anterior relato de los medios de prueba incorporados al plenario, se desprende y llama la atención de esta Sala de Decisión, que la parte demandante centrara su solicitud de reconocimiento del nexo contractual, en la celebración de un contrato de trabajo como conductor de distribución de productos, labor que era desplegada en forma personal, atendiendo instrucciones de su empleador y cumpliendo un horario y la continuidad en el cargo por más de cinco años y la ausencia de autonomía por la impartición de ordenes constantes; sin embargo, lo cierto es que ninguna de las alusiones referidas en la alzada tienen mérito de prosperidad.

Así, resulta evidente que el demandante contaba con plena autonomía en sus funciones, no cumplía un horario establecido, sino el necesario para la observancia del objeto contractual y la potestad de trasladar sus funciones a otras personas.

Razón por la que, el simple manejo de horarios derivados de la entrega de los productos para su distribución, si bien es un indicativo de la relación laboral en manera alguna de su existencia, tal como lo ha enseñado la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL9801 Rad. 44519 del 29 de julio de 2015 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, al considerar:

*«Si la empresa, en la citada diligencia, admitió que el actor portaba un carné dentro de la empresa, que debía recibir y entregar las llaves de la oficina al ingresar y al salir de la entidad, así como que se llevaba un registro de sus entradas y salidas a la entidad y que estaba sometido a una auditoría mensual por una dependencia de la compañía, **esto no es un indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo, puesto que estos son procedimientos que pueden ser aplicados tanto a personal subordinado de la entidad, como a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con la compañía**, dado que constituyen medidas de seguridad y de control; y, en el caso de la auditoría*



mensual, es una acción propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados, natural de quien adquiere o contrata cualquier servicio.

(...)

Por otra parte, **en lo que tiene que ver con el horario de servicio médico que fue acordado por las partes, según el texto del contrato, y la disponibilidad del contratista las 24 horas tanto telefónica como de presencia física, el cual tendría un costo adicional de acuerdo con la tarifa mensual, no necesariamente, como lo defiende la censura, es un indicador incuestionable del factor de subordinación, dado que esta Sala ha reiterado que la asignación de un horario para la prestación del servicio, si bien ...podría tornarse en elemento indicativo de la subordinación, no es necesariamente concluyente y determinante de su configuración, porque la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad personal, puede darse también en las relaciones jurídicas independientes, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral**³. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Criterio iterado recientemente por esa Alta Corporación, en las sentencias SL 17496-2016, SL 1762-2018 y SL 663-2018 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde refirió:

«Al respecto, es de recordar que si bien en el contrato de prestación de servicios no existe subordinación jurídica, sí es dable que en algunas ocasiones se configure una especie de subordinación técnica, es decir, que el contratista puede recibir del contratante, instrumentos o instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor a fin de cumplir con estándares obligatorios (...)

Lo dicho, tiene relevancia si se tiene en cuenta que aunque el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no significa que en este tipo de contratación esté vedada la generación de instrucciones, pues es viable que en función de una adecuada coordinación (...) se puedan solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones.

Deviniendo entonces, en que el actuar prohibido en ejecución de un contrato de naturaleza civil y, que daría paso a un nexo laboral, es aquella que «elimine la independencia y autonomía de este» (sentencia SL 3161-2018).

³ CSJ SL 543 de 2013



Por lo expuesto, y aun en el marco de la presunción de que trata el artículo 24 del CST, es que encuentra esta instancia acertada la determinación del *A quo* al señalar que la parte convocante a juicio no logró definir la relación laboral reclamada desde el *libelo introductorio*, únicamente por tener un horario, pues aunque resulta evidente que el producto era entregado en horas de la mañana, también es cierto, que él podía llegar en el transcurso de esta, sin que fuera necesario o impajaritable su asistencia en una hora específica, así como la necesidad de gastar un espacio de su día para entregar la mercancía, los mismos no pueden conducir *de facto* a construir un nexo laboral, más cuando se evidencia indudable la autonomía que emana de este tipo de vinculación civil y la transitoriedad de la labor, sin comprobarse alusión alguna que comportara orden, instrucción o imposición en la realización de la actividad contratada, más cuando toda acción de carácter comercial, civil o laboral demanda de quien la ejecuta, un tiempo para su realización, a lo que se suma que el señor ZULUAGA PONCE DE LEÓN no permanecía en las instalaciones de la demandada pues solo arribaba en el transcurso de la mañana, entregaba los pedidos realizados por los vendedores y si quería no volvía a la empresa, consignaba el dinero recibido de los clientes y de no hacerlo, entregaba al siguiente día estos rubros, tal y como lo refirieron los testigos y la misma representante legal de la demandada; aspectos que lejos de configurar actos de subordinación, conducen a establecer el cumplimiento del objeto contractual; por tanto, la empresa demandada desvirtuó la presunción legal del contrato de trabajo reglada en el art. 24 del CST, mediante pruebas idóneas.

Todo lo anterior, concluye en encontrar la completa autonomía de HOLMAN STEVE ZULUAGA PONCE DE LEÓN, como lo advirtió la Alta Corte en la sentencia relatada en líneas antepuestas, al prever «*Es de reiterar por la Sala que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato*



*de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación; sin embargo, cuando se logra demostrar que, en el desarrollo de la relación, **el contratista realmente tuvo la autonomía para disponer si la prestación del servicio la realizaba personalmente o a través de otra persona, la subordinación desaparece**, dado que el primer elemento de la relación laboral, en este caso, no fue esencial en el contrato que ligó a las partes» (Resalta de la Sala).*

Al quedar sin fundamento alguno las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los hechos, más aún, cuando bien sabido es, que se imposibilita legalmente la imposición de obligaciones laborales en sentencia soportada sobre suposiciones o razonamientos que carezcan de formación probatoria fáctica sobre prestación del servicio humano, impide la fulminación de las condenas deprecadas, por lo que no quedaba otra solución al presente debate, que la desestimación de las súplicas de la demanda; por lo que habrá de confirmarse la absolución impartida por el A Quo.

COSTAS. Sin costas en esta instancia al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública



celebrada el 14 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HOLMAN STEVE ZULUAGA PONCE DE LEÓN** contra **DISTRIBUIDORA ROMA T.A.T. E.U.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en esta instancia al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

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

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 **NORA ESTELA CASTAÑEDA SATIZABAL** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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 NORA ESTELA CASTAÑEDA SATIZABAL, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuada a Porvenir S.A., al no haber estado precedido con la suficiente información; que la entidad debe trasladar los aportes efectuados junto con los rendimientos a Colpensiones; que debe remitir al RPM el detalle del traslado de aportes; que se debe activar la afiliación de la trabajadora en Colpensiones y aceptar los dineros provenientes del régimen de ahorro individual.

Consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Porvenir a trasladar los aportes y rendimientos al RPM; a Colpensiones se condene a activar la afiliación de la trabajadora y a aceptar y recibir los dineros provenientes del RAIS; se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas que se causen en el proceso.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 8 a 10 del archivo “2019-288 OK ACTA-CON FALLO- CON RECURSO” del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 17 de noviembre de 1960; que se afilió al RPM el 27 de enero de 1988; que realiza aportes al sistema de seguridad social en pensiones con un salario de \$3.882.120; que el 7 de abril de 2020 se trasladó a Porvenir; que no le informaron sobre las desventajas del RAIS; que en el año 2004 no le avisaron sobre su posibilidad de trasladarse al RPM; que el 22 de marzo de 2019 radicó petición a Porvenir y esta dio respuesta el 4 de abril de la calenda en cuestión; que el 22 de marzo de 2019 solicitó la nulidad de su afiliación ante Colpensiones y el 3 de abril se resolvió el pedimento en forma desfavorable.



CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no se encuentra acreditado ningún error, fuerza o dolo en la afiliación suscrita. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (fl. 85, archivo 2019-288 Ok acta-con fallo-con recurso).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la información suministrada por el ente de seguridad social se encuentra acorde con las disposiciones legales e instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y innominada o genérica (fl. 138, archivo 2019-288 Ok acta-con fallo-con recurso).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete (17°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2° de diciembre de 2021, resolvió; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir; **declarar** que la demandante se encuentra afiliada al RPM y activar la afiliación de la trabajadora; **ordenar** a Porvenir trasladar a Colpensiones los valores recibidos por cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses y devolver



gastos de administración; **ordenó** a Colpensiones recibir el traslado de fondos y actualizar la historia laboral; **condenó** en costas a las demandadas; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Luego entonces y de acuerdo con este análisis, pues debemos concluir que están dados todos los supuestos fácticos para acoger las pretensiones de la demandante, pues finalmente no se demostró habersele brindado una información suficiente y clara acerca de las características de ese régimen de ahorro individual lo que conlleva de esa manera entonces acoger la pretensión de ineficacia que se formula pues precisamente esa ha sido el criterio sentado por la Corte Suprema de justicia señalando que cuando la entidad administradora de fondos de pensiones incurre en silencioso o guarda silencio, falta a ese deber de información, lo que trae como consecuencia entonces la ineficacia del traslado, desde ese punto de vista entonces, acogiendo los criterios jurisprudenciales de nuestra más alta corporación en la especialidad del trabajo y de la seguridad social se declarará la ineficacia del traslado por haberse omitido de incumplir con el deber de informar de manera íntegra y adecuada a la futura afiliada con el fin de establecer su verdadera vocación de traslado....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que fue desconocido el formulario de afiliación suscrito por la demandante, al suscribirse de manera libre y voluntaria; que de acuerdo al interrogatorio de parte rendido por la demandante, se podía establecer que recibió la información suficiente para trasladarse de régimen; que la afiliada actúo de manera negligente al no indagar sobre su situación pensional; que tampoco es viable ordenar la devolución de los gastos de administración al generar estos un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y al no ser parte integral del derecho pensional, por lo que, sobre estos conceptos debe aplicarse la prescripción.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia



de primera instancia al estimar que se debe hacer un estudio frente a la solicitud de ineficacia de acuerdo a la normatividad vigente para la época del traslado; que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a Colpensiones; que el traslado de régimen fue libre y voluntario; que al haberse brindado la información en forma verbal, no es exigible prueba documental que acredite tal situación; que de acuerdo al interrogatorio de parte rendido por la demandante se puede colegir que esta fue informada sobre ciertos requisitos del RAIS.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, a través de su apoderado judicial solicita se confirme la sentencia proferida, al estimar que, no se encuentra demostrado que Porvenir haya suministrado una información clara, cierta y comprensible a la hora de suscribir el formulario de traslado a la AFP convocada.

La demandada, **Colpensiones**, pide se revoque la sentencia objeto de reproche, arguyendo para tal efecto que, el traslado efectuado por la demandante es válido, al encontrarse acreditado que este fue realizado en forma libre y voluntaria; que tampoco se avizoran vicios del consentimiento que generen la ineficacia del trámite y se suministró la información idónea para adoptar la decisión de trasladarse de régimen.

A su turno, el apoderado de **Porvenir**, reclama la revocatoria de la sentencia, al considerar que, no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento con el cambio de régimen y por tanto el traslado es eficaz;



que se trasladó a la entidad en forma libre y voluntaria; que de acuerdo a la conducta desplegada por la afiliada, ha permanecido por más de 21 años afiliada al RAIS; que debe aplicarse las normas vigentes para la época en que se efectuó el traslado; que se suministró la información pertinente; que la actora no se preocupó por indagar sobre los aspectos relevantes de su traslado; en lo tocante a los gastos de administración indicó que sus descuentos eran autorizados legalmente y por tanto, no se debía ordenar su devolución.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 30 del “archivo 2019-288 ok acta con fallo con recursos” del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 22 de marzo de 2019.

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 la señora Nora Estela Castañeda Satizabal 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 la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 19); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 21, 175); derecho de petición incoado



ante Colpensiones y Porvenir (fl. 30 y 35); respuesta de Colpensiones y Porvenir a solicitud (fl. 41, 44 y 47); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 46, 160); reporte de semanas cotizadas ante Colpensiones (fl. 101); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 159); formulario de afiliación a pensiones voluntarias (fl. 161); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 162); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 163); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 171) obrantes en el expediente digital, denominado “archivo 2019-288 ok acta con fallo con recursos”.

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

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

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de enero de 1988 al 30 de abril de 2000, tal como se advierte de la historia laboral acopiada por Colpensiones (fl. 101 del expediente digital), para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 7° de abril de 2000 (fl. 160 del expediente digital), 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en informar que, *“a la empresa se presentó un asesor enviado por Porvenir, este asesor llevaba los formularios de afiliación porque él ya venía haciendo gestión en la empresa, y llevaba unos formularios de, de traslados ya diligenciados con una firma de asesor que no era el mismo, el señor se llamaba Manuel Hernández, y él me llamó, estuvo en mi oficina y me habló del traslado de Colpensiones y los beneficios que tenía en un momento dado ese traslado, me habló acerca de que uno de los beneficios era que uno podía escoger la edad de pensión”* que la reunión fue realizada en forma individual y duró aproximadamente 30 minutos.

En lo tocante a los beneficios ofrecidos por el asesor de porvenir, indicó que este le había hablado *“... principalmente de 3 situaciones o beneficios que, como le reiteró, el me ofreció que yo podía pensionarme y escoger la, el, la edad de pensión, que mi pensión iba a ser más alta que con Colpensiones, en ese momento era el Seguro Social y la otra era que el Seguro Social de ese tiempo se iba a acabar y que necesariamente todo el mundo iba a tener que afiliarse o trasladarse a un fondo de pensiones privado...”* y estos fueron los motivos para trasladarse del RPM y a pesar de no haber recibido una proyección, estimación o cálculo de su pensión, confío en los argumentos esgrimidos por el enviado de Porvenir.

En el formulario de afiliación a Porvenir registró los datos de sus beneficiarios, pero no le explicaron las consecuencias o beneficios que tendrían las personas allí reportadas; tampoco le hablaron o explicaron respecto a los bonos pensionales, ni las condiciones o requisitos que debía cumplir para pensionarse en forma anticipada, así como el propósito de



los ahorros voluntarios, ni las modalidades de pensión que tenía el RAIS, ni la que había suscrito con Porvenir.

No estimó regresar a Colpensiones, por cuanto, *“me habían ofrecido el que mí, la pensión iba a ser más alta, el que yo podía escoger la edad de pensión, yo estoy trabajando desde los 13 años y para mí me resulta atractivo el que pudiera en ese entonces, yo creo que tendría 39 años, 40 años, y yo proyectaba teniendo en cuenta lo que le digo que trabajo desde los 13 años, desde, yo pensaba, dije, bueno, me puedo pensionar a los 49, 50 años y me pareció bueno, con una buena pensión”* y había suscrito el formulario de buena fe y de acuerdo a la información suministrada por el asesor de la entidad.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues se puede constatar que no le informaron respecto a las características mínimas 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 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 el sentenciador 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 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 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 gastos de administración, 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.

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

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



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

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.

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

COSTAS. En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor de la demandante, Nora Estela Castañeda Satizabal, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 2° de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **NORA ESTELA CASTAÑEDA SATIZABAL** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PORVENIR.**

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



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

LUÍS 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, NORA ESTELA CASTAÑEDA SATIZABAL, en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CAMILO BOTERO GONIMA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y portadora

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

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

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

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



de la T. P. No. 221.228 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, conforme al poder de allegado 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: El señor CAMILO BOTERO GONIMA solicita a COLPENSIONES se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 3° de diciembre de 2003; se pague el retroactivo causado entre el 3° de diciembre de 2003 y el 30 de mayo de 2010; se paguen intereses moratorios y costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 11 a 12 de las diligencias, que en síntesis advierten que, el 12 de octubre de 2007 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; que Colpensiones mediante Resolución No. 13159 de 2010 reconoció la prestación a partir del 1 de junio de 2010, aplicando una tasa de reemplazo del 85%; que no le fue reconocido el retroactivo causado desde el 3 de diciembre de 2003; que presentó derecho de petición solicitando la reliquidación pensional y esta fue resuelta en forma favorable con Resolución 4885 del 18 de febrero de 2011; que nació el 3 de diciembre de 1943; que empezó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones desde el 1° de abril de 1974; que efectuó su retiro al sistema el 30 de noviembre de 2003; que la Universidad Autónoma le realizó aportes al sistema para los meses de febrero y marzo de 2012, cuando ya se encontraba devengando la mesada pensional; que el 1° de agosto de 2011 y 4 de junio de 2012 solicitó el pago del retroactivo



pensional; que con Resolución 31670 del 2012 se negó su pedimento; que presentó con posterioridad reclamaciones con el fin de obtener el pago del retroactivo pensional pero ellas fueron resueltas en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la entidad ya había reconocido la pensión de vejez al demandante, careciendo de fundamento fáctico la reclamación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica (fl. 91).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 18 de marzo de 2021, resolvió; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar intereses moratorios causados del 21 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2016, por las mesadas dejadas de cancelar entre el 12 de octubre de 2004 al 30 de junio de 2010, a la tasa máxima legal; **absolvió** a la demandada las demás pretensiones; **declaró** probada la excepción de cobro de lo no debido y prescripción; **condenó** en costas a Colpensiones; **ordenó** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas, observa el despacho que en efecto, la prestación con base en la cual se solicita el reconocimiento de intereses moratorios se pagó a partir del 12 de octubre del 2004, conforme a resolución GNR 278503 del 20 de septiembre de 2010, que la última solicitud de reconocimiento de retroactivo pensional e intereses moratorios es presentada ante la entidad demandada el 15 de junio de 2016, conforme



se indica en el acto administrativo traído a colación y como quiera que a través del presente asunto, se encuentra una petición en estudio y es presentada ante la oficina judicial de reparto de Cali, el 21 de julio de 2015, según acta de reparto, será a partir de esta última fecha que se efectuará el estudio del fenómeno prescriptivo, razón por la cual, tales intereses se concederán a partir del 21 de julio de 2012, hasta el 30 de septiembre de 2016, ya que el retroactivo es incluido en nómina en el mes de octubre de 2016, pues son sobre las mesadas causadas con anterioridad, ya que, sobre estas es que existe una mora en el pago, lo que incluso generó un pago de una suma de dinero por concepto de retroactivo, lo que indudablemente hace merecedor al demandante de tales réditos.....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante**, solicita se revoque parcialmente la sentencia y en tal aspecto se accedan a las pretensiones 3 y 4 del libelo genitor, al estimar que, se deben reconocer los intereses moratorios, desde el 12 de febrero de 2008, ya que la entidad superó el término de 4 meses para resolver la solicitud pensional; que se solicitó el reconocimiento pensional el 12 de octubre de 2007, cuando ya contaba con los requisitos para el reconocimiento pensional y la entidad le reconoce la prestación tan solo mediante, Resolución No. 13159 del 18 de mayo de 2010.

A su turno, la apoderada de **Colpensiones**, interpone recurso de apelación, con el fin de que se revoque parcialmente la sentencia emitida, al estimar que, no se puede ordenar el pago de intereses moratorios al pensionado, ya que la entidad reconoció la prestación mediante sendos actos administrativos; en segundo lugar y en segundo lugar estima que no se debe imponer condena en costas, ya que no se pueden utilizar recursos públicos para este fin.

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

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación presentada el 16 de junio de 2008, mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez (folio 320 y 321 del expediente administrativo acopiado en medio magnetofónico del 121).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos impetrados en la demanda, la contestación del *libelo* y sus excepciones, las manifestaciones de la Juez de Conocimiento, los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, ésta Sala de Decisión se permite establecer como problema jurídico a dilucidar en el *sub lite*, el determinar si Camilo Botero Gonima es beneficiario de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; consumado lo anterior, concretar la fecha de causación; en segundo lugar, se deberá establecer si había lugar a imponer condena en costas a cargo de Colpensiones.

STATUS DE PENSIONADO

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 18); copia de petición presentada el 29 de septiembre de 2014 (fl. 20); copia de Resoluciones Nos., 013159 del 18 de mayo de 2010, 31670 del 28 de septiembre de 2012, 305009



del 1 de septiembre de 2014, VPB 11244 del 11 de febrero de 2015 (fl. 21 a 31, 35 a 45); recurso de reposición y apelación incoado por el demandante (fl. 32); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 46); expediente administrativo aportado en medio magnetofónico (fl. 121); probanzas de las cuales se colige que a Camilo Botero Gonima le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución GNR 013159 del 18 de mayo de 2010, a partir del 1 de junio de 2010, en cuantía inicial de \$1.505.317, en aplicación a lo estatuido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de igual forma se acreditó que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 12 de octubre de 2007 folio 320 y 321 del expediente administrativo acopiado en medio magnetofónico del 121), supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Sobre el particular, las partes en contienda centran su reparo en la alzada al indicar que los intereses de mora, ya que, en el sentir de la apoderada del demandante, deben reconocerse desde el 12 de febrero de 2008, al haber excedido el término de cuatro meses la encartada para resolver la solicitud prestacional y a su turno, la demandada, alega, que la entidad reconoció en debida forma la pensión al afiliado.

De acuerdo a los argumentos esgrimidos, en primer término, deberá precisar esta Sala de Decisión que, los aludidos intereses moratorios se encuentran reglados, en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula que *«A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago»*, empero dicha obligación no opera automáticamente, dado que



conforme al criterio de la Sala Mayoritaria, las entidades de seguridad social cuentan con un período de exención en el otorgamiento de la pensión, el cual corresponde a un período de 4 meses, contados desde la radicación de la solicitud pensional, al cabo de los cuales comienzan a correr los, de acuerdo a los términos del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, en el caso objeto de estudio, encuentra la Sala pertinente realizar las siguientes aclaraciones.

En primer lugar, revisado el haz probatorio se encontró acreditada la reclamación efectuada por el demandante el 12 de octubre de 2007, con el fin de que le fuese reconocida la pensión de vejez por parte de la convocada a juicio (fl. 320 y 321 del expediente administrativo, adosado en medio magnetofónico, fl. 121).

De acuerdo al pedimento presentado, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones emitió el Auto No. 264 del 16 de abril de 2008, por medio del cual, informó al demandante, que la prestación económica debía solicitarse a Porvenir, al encontrarse válidamente afiliado a dicho fondo (fl. 317 del expediente administrativo).

Pese a las anteriores exposiciones, el demandante, después de realizar el trámite ante el Fondo Privado, nuevamente solicita el reconocimiento de la pensión a Colpensiones, el 16 de junio de 2008 (fl. 333 del expediente administrativo).

Conforme a la reclamación de pensión de vejez, la entidad niega la solicitud con Resolución No. 19655 del 5 de mayo de 2009, sin embargo, contra dicho acto administrativo se interpone el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, desatándose el



pedimento, con Resolución No. 013159 del 18 de mayo de 2010 (fl. 21 del expediente y 330 del expediente administrativo).

En el aludido acto administrativo (Resolución 013159 del 18 de mayo de 2010), se reconoció y ordenó pagar la pensión de vejez, conforme a lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y aplicando una tasa de reemplazo del 85%, a partir del 1 de junio de 2010.

Pese a lo anterior, el demandante, solicitó la reliquidación de la pensión, con el fin de que, le fuera tenido en cuenta el tiempo cotizado a Porvenir y la demandada, con Resolución No. 004885 del 18 de febrero de 2011, procedió a aplicar lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y consecuencia de ello, aumentó la tasa de reemplazo a un 90%, ordenando la reliquidación de la pensión, solo en este aspecto (fl. 136 del expediente administrativo).

Es así como el 1 de agosto de 2011 y el 4 de julio de 2012², el señor Botero Gonima, reclamó, en la primera oportunidad, el pago de las mesadas causadas desde diciembre de 2003 y en la segunda oportunidad, petitionó, la reliquidación de la pensión de vejez de acuerdo al Ingreso Base de Liquidación de toda la vida laboral, así como la *“causación de la pensión sea Dic./2003 ya que el retiro del régimen del ISS fue Marzo de 1.998 y de Porvenir fue Dic/2003”*, para finalmente reclamar *“me reconozcan los intereses moratorios a partir de Abril del 2008 ya que la demora siempre ha sido premeditada por el ISS por sus diversas evasivas y falsas premisas...”* Con la Resolución No. 31670 del 28 de septiembre de 2012, el extinto Instituto de Seguros Sociales, negó las solicitudes incoadas por el pensionado (fl. 124 del expediente administrativo).

² Folio 752, 755 y 770 del expediente administrativo



Luego entonces, el actor, nuevamente solicita el reconocimiento de su mesada pensional a partir de diciembre de 2003, el 8 de enero de 2013, el cual fue resuelto de manera desfavorable al peticionario con Resolución GNR 29551 del 31 de enero de 2014 y frente al cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, desatados, el primero de ellos, en forma favorable, en el sentido, de ordenar reliquidar la prestación, y el segundo, confirmó la decisión inicial (fl. 1 del expediente administrativo).

El 15 de julio de 2016 (fecha para la cual ya estaba en curso el proceso, dada la fecha de radicación efectuada ante los Juzgados Laborales del Circuito de Cali – fl. 51), el petente reclama un nuevo estudio frente a la solicitud de pago del retroactivo pensional, en el que reclamó, no solo las mesadas pensionales a partir del 12 de octubre de 2004 y de suyo, las mesadas causadas de dicha data al 30 de mayo de 2010 y en el punto tercero, “*los intereses Moratorios que consagra el Art. 141 de la Ley 100 de 1993*”, por lo que, con Resolución No. GNR 278503 del 20 de septiembre de 2016 Colpensiones, reconoce y ordena el pago de las mesadas causadas de octubre de 2004 al 30 de mayo de 2010 (fl. 55 y 204 del expediente administrativo).

De las precisiones realizadas en precedencia, no se tiene asomo de duda por parte de esta Colegiatura que, el demandante, desde el 12 de octubre de 2007, solicitó el reconocimiento pensional y este fue resuelto a su favor, tan solo a partir del 1° de junio de 2010, configurándose una mora de Colpensiones, para resolver sobre la prestación reclamada, desde el 12 de febrero de 2008 hasta el 30 de mayo de 2010. Pese a lo anterior, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión, que la pensión de vejez y el retroactivo causado a favor del demandante, entre el 12 de octubre de 2004 y el 30 de mayo de 2010, tan solo fueron reconocidas mediante la Resolución GNR 278503 del 20 de septiembre



de 2016, es decir, ocho (8) años, once (11) meses, una (1) semana y un (1) día, de haberse presentado reiterativamente la reclamación por parte del trabajador.

Así las cosas, luce evidente la mora no solo en la resolución de la petición incoada por el demandante de reconocimiento pensional, sino, la totalidad de las mesadas pensionales causadas desde el 12 de octubre de 2004 al 30 de mayo de 2010.

Fluyendo en forma palmaria la confirmación de la sentencia en lo tocante al reconocimiento de los intereses moratorios, al constatarse una falta de pago respecto a las mesadas pensionales causadas a favor del afiliado³.

DE LA PRESCRIPCIÓN

A pesar de que, resulta evidente el actuar poco diligente de la convocada a juicio, no solo respecto a desatar las solicitudes incoadas por el afiliado, sino en pagar las mesadas pensionales causadas a favor del señor, BOTERO GONIMA, tampoco se puede dejar de lado, que el demandante, presentó reclamación de la pensión de vejez 12 de octubre de 2007 y el 4 de julio de 2012 reclamó el pago de intereses moratorios causados a su favor y por otro lado, que la demanda fue impetrada el 1 de octubre de 2015 (fl. 2).

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

³ Sentencia SL4942 del 9 de diciembre de 2020



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

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

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, relacionado en forma precedente, se tiene que, el demandante interrumpió la prescripción con la radicación de la demanda, siendo ello el 21 de julio de 2015, por lo tanto, fluye en forma inequívoca, el reconocimiento de los reclamados intereses moratorios desde el 21 de julio del año 2012 al 30 de septiembre de 2016, fecha en que le fue reconocida en forma íntegra la pensión, lo anterior teniendo en cuenta que la reclamación de la pensión data del año 2007 y la misma fue desatada en el año 2010, siendo lo pertinente, tener como término para contabilizar la interrupción de la prescripción, la radicación de la demanda.

Dadas las anteriores argumentaciones, no es posible acceder a las súplicas reclamadas en la alzada y afincadas en que, este reconocimiento debe realizarse desde el 12 de febrero de 2008, pues como se expuso en forma amplia, ha operado el fenómeno prescriptivo parcial frente a los intereses moratorios, siendo innegable que todos los



derechos causados con anterioridad al 20 de julio de 2012, fueron afectados por el trienio prescriptivo.

Así, efectuadas las operaciones matemáticas de rigor, se tiene, que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, adeuda al demandante, por concepto de intereses moratorios a favor del actor, las siguientes sumas de dinero;

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		30/11/2016
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital (mesadas completas)	Subtotal Interés
desde 12-10-2004 a 30-05-2010	21-07-2012	30-11-2016	1594	32,99%	0,0781%	\$ 184.331.892	\$ 229.598.207,00
Total intereses moratorios							\$ 229.598.207,00

En tal sentido, se adicionará la sentencia, en el sentido de establecer como *quantum* de los intereses moratorios causados, a favor del convocante a juicio en la suma de **\$229.598.207**, monto dinerario que deberá ser indexado al momento de su pago.

DE LAS COSTAS PROCESALES

La entidad demandada, en la alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*. Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.



En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, el Juez de primer grado dispuso en la resolutive condenar a Colpensiones, bajo lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma que ejerciendo las facultades otorgadas decidió de manera justificada emitir condena.

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

En esta segunda instancia no se impone condena en costas, dadas las resultas de los recursos impetrados.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CAMILO BOTERO GONIMA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en el sentido de establecer como valor de los



intereses causados entre el 21 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2016 la suma de **\$ 229.598.207,00**.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, pero por los argumentos esgrimidos en la presente providencia.

TERCERO. COSTAS. Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *A quo* en primera instancia. En esta instancia no se impone condena en costas dadas las resultas de los recursos impetrados.

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 **RAFAEL CARDENAS VÁSQUEZ** contra la **WORLD
PARCE EXPRESS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor RAFAEL CÁRDENAS VÁSQUEZ solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa WORLD PARCEL EXPRESS SERVICE INTERNACIONAL SAS entre el 3 de enero de 2006 y el 20 de febrero de 2015; que el contrato fue terminado sin justa causa; que se le adeudan las prestaciones sociales causadas durante el vínculo laboral, así como la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, sanción moratoria, salarios dejados de percibir por el demandante y cesantías dejadas de consignar durante el vínculo contractual y su respectiva sanción y las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 4 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la empresa World Parcel Express Service Internacional SAS el 3 de enero de 2006; que se desempeñó como representante de ventas; que la labor fue ejecutada en forma personal y cumpliendo un horario; que el 20 de diciembre de 2014 le fueron concedidas vacaciones y cuando se reintegró a sus labores el 13 de enero de 2015, se enteró que la empresa había sido vendida; que el Gerente de la empresa le solicitó que renunciara a su cargo para que los nuevos dueños de la empresa lo contrataran; que el 20 de enero de 2014 lo enviaron a trabajar a Mega Vacaciones hasta el 20 de febrero de 2015 sin recibir el salario acordado; que la demandada decidió dar por terminado el contrato el 20 de febrero de manera verbal; que le adeudan las prestaciones causadas entre el 3 de enero de 2006 y el 20 de febrero de 2015; que le deben pagar la indemnización por terminación del contrato sin justa causa; que citó a la demandada ante el Ministerio del Trabajo pero ella no compareció; que presentó derecho



de petición a la demandada el 3 de febrero de 2015; que el salario devengado era de \$898.913, más el auxilio de transporte y comisiones equivalentes a \$1.113.423.

CONTESTACIÓN: WORLD PARCEL EXPRESS SERVICE INTERNACIONAL S.A.S., por intermedio de curador ad litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, solo sería procedente imponer las condenas si se demostraba el vínculo contractual entre las partes. Como medios **exceptivos** propuso los de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fl. 56).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecinueve (19º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 3 de diciembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la empresa World Parcel Exprss Service Internacional S.A.S. en Liquidación entre el 3 de enero de 2006 y el 3 de febrero de 2015, en el cargo de asesor comercial y con salario de \$2.182.836; **condenó** a la demandada a pagar, salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, así como el pago de la sanción moratoria equivalente a \$72.761 diarios desde el 4 de febrero de 2015 hasta que se efectúe el pago de la obligación; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a la demandada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Teniendo en cuenta lo anterior, una vez verificado el expediente, se observa que la demandada no allegó prueba alguna, por medio de la cual prestara mérito probatorio a los suscritos por el documento aportado, por



lo menos ninguna contra la existencia de la relación laboral entre el señor Rafael Cárdenas Vázquez y World parcel Express service International, por lo que es factible concluir su existencia teniendo como extremo inicial el 3 de enero del 2006 y el cargo de asesor comercial, dicho lo anterior solo resta este despacho establecer el salario que fue devengado por el demandante y verificada las documentales que obran dentro del expediente, este juzgado ahora debe indicar que conforme a las certificaciones se encuentra que la última fue expedida 23 de enero del 2015 folio 10 allí se estipula como un salario mensual de la suma de \$898.913, más el auxilio de transporte de \$170.500 y el ingreso mensual comisiones de \$1.113.423 folio 10, para un total de \$2.182.836...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El curador ad litem de la demandada, **World Parcel Express Service Internacional S.A.S.**, centra sus motivos de disidencia frente a la sentencia proferida, al estimar que de acuerdo a lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte, se presentó una sustitución patronal con la empresa Mega Vacation y esta fue quien asumió las obligaciones de la convocada a juicio y consecuencia de ello terminó el vínculo contractual y no World Parcel; en segundo lugar, alega que, no se encuentra demostrada la terminación del vínculo laboral por parte de la demandada.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La apoderada del **demandante**, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, y en tal sentido, que no se atiendan las súplicas expuestas por el curador ad litem, al considerarlo una dilación del proceso, al interponer el recurso una vez finalizada la audiencia y respecto a razones no esgrimidos en el decurso procesal; que el curador



no estuvo presente durante el trámite de la diligencia, sin embargo, se le concedió el recurso de apelación, cuando ya la sentencia había sido emitida y en tal sentido se debe compulsar copias al abogado; en cuanto a los puntos objeto de debate, señaló que, la empresa Megavacaciones es un establecimiento de comercio de Word Parce Express, encontrándose la prueba en el cartulario.

La **demandada**, por intermedio de curador ad litem, reclama la revocatoria de la providencia, al no haberse tenido en cuenta el interrogatorio de parte rendido por el demandante, en el que informa que fue trasladado a otra empresa y recibió órdenes de esta; que operó la sustitución patronal; que se debe acreditar el despido por parte del trabajador y el empleador solo debe acreditar que este acaeció por una justa causa; que tampoco se efectuó una reclamación escrita que sirva de sustento de sus alegaciones.

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

CONSIDERACIONES

Debe precisar esta Sala de Decisión, que si bien, la apoderada de la parte actora, en sus alegaciones finales, estima que, no debe desatarse el recurso de alzada formulado por el curador ad litem de la demandada, dicho pedimento no será atendido en forma favorable, pues nótese, que la juez de conocimiento había proferido la correspondiente sentencia y concedió el uso de la palabra a los intervinientes litigiosos, para que esgrimieran sus inconformidades frente a la sentencia proferida, y en su oportunidad, la parte actora, informó no formular recurso alguno y a renglón seguido ingresó a la diligencia virtual el curador ad litem, siendo



ella la oportunidad para que impetrara el recurso pertinente, situación que efectivamente realizó.

Luego entonces, al no fenecer la audiencia, ni mucho menos haberse dictado el correspondiente auto declarando ejecutoriada la sentencia, el curador ad litem, podía interponer el recurso de alzada, consecuencia de ello, en forma alguna se vulneró derecho fundamental a la parte demandante en el sub examine y es procedente el estudio de los ataques formulados.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si en efecto existió una sustitución patronal entre World Parcel Express Service Internacional S.A.S. y Megavacaciones y si esta última fue quien asumió las obligaciones patronales de la convocada a juicio; en segundo lugar, se deberá determinar si erró la juzgadora de conocimiento a la hora de impartir condena por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa.

DE LA SUSTITUCIÓN PATRONAL

El curador ad litem de la demandada, indica que existió sustitución patronal entre World Parcel Express Service Internacional S.A.S, en Liquidación y Megavacation, conforme a dichos planteamientos procede ésta Sala a hacer el estudio sobre la posible sustitución de empleadores, trayendo a colación lo dispuesto en el artículo 67 del C. S. del T., el cual indica; “... *todo cambio de un patrono por otro patrono, por*



cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios...”.

Esta figura jurídica garantiza la continuidad o comunidad de los contratos de trabajo existentes, y de contera, los derechos que le asisten a los trabajadores cuando haya una mutación o cambio de empleadores, o cuando con ello se quiera socavar los derechos sociales, pero para que se aplique la sustitución, es necesario que concurren los presupuestos o elementos que tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado: **i.** cambio de empleador por otro cualquier que sea la causa; **ii.** continuidad en las actividades o giro de los negocios, es decir que no haya alteración de los mismos y, **iii.** continuidad en el trabajador.

Bajo tal acepción y de los elementos que la distinguen, la comunidad de la relación de trabajo no se presume, sino que es necesario demostrar en cada caso que ella no ha terminado por haber continuado el giro ordinario de los negocios luego de la venta, transformación u otra causa que de origen a la mutación de la empresa o negocio.

En primer lugar, el demandante a la hora de rendir el correspondiente interrogatorio de parte, informó que, cuando *“...yo llegué de vacaciones pues la sorpresa fue esa, de que, pues ellos habían vendido la empresa, no sabíamos a quién, el señor Guillermo García se sentó con nosotros en la sala de ventas y nos comunicó de qué pues, que habían vendido y que, si queríamos pasar a otra división que ellos tenían, qué era una nueva empresa que habían montado, ósea una nueva figura, entonces no, pues por mi parte yo le dije que no, pues que yo estaba era con WPS Internacional o World Parcel Express, entonces quedé, pues necesitaba saber porque no, como así que se había acabado la empresa y no nos habían comunicado nada y que en dónde estaba don Iván González, que era el representante legal y dueño de la empresa,*



*entonces él dijo que no, que, pues ese era así y terminó, término ahí y dijo esperen nuevas órdenes y se paró de la mesa de sala y se fue, eso es lo que me recuerdo **y se fue y ya empezamos a recibir las nuevas órdenes de que teníamos que ir a ese lugar, Mega Vacation que nosotros no teníamos nada que ver, era una filial que ellos tenían, una división de otra empresa que ellos tenían***", (resaltado de la sala).

Al unísono, en el certificado de Existencia y Representación Legal acopiado a folio 16 del cartulario se tiene que, la convocada a juicio con matrícula No. 02138055 del 6 de septiembre de 2011 registró entre otros, el establecimiento de comercio "MEGAVACIONES COLOMBIA".

Consecuencia de lo anterior, quien ostentó la calidad de empleadora fue la convocada a juicio y no el establecimiento de comercio, al ser este, un conjunto de bienes organizados para obtener los fines de la empresa y que carecen de personería jurídica, conforme a lo preceptuado en el artículo 515 del Código de Comercio.

Concluyendo ésta Sala que indefectiblemente, no operó en manera alguna la sustitución patronal pretendida; por no cumplirse los tres requisitos exigidos en la normatividad laboral para que dicha figura procediera.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

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



Así, en el sub examine se tiene que, el promotor litigioso en el hecho 6 alegó un despido sin justa causa y a su turno, la demandada, a través de curador ad litem, alegó no constarle tal situación y que era el demandante quien debía *“demostrar que fue despedido por decisión unilateral del supuesto empleador”*, por lo que, resulta pertinente acudir a los demás medios probatorios recaudados para llegar a la verdad real de los hechos.

Es por ello, que del interrogatorio de parte rendido por el accionante, en lo tocante a la terminación del vínculo laboral, dijo que, a pesar del ambiente pesado que se presentaba en la empresa *“yo seguí presentándome, yo me seguí presentando hasta que ellos no nos pagaron el sueldo, dos quincenas y no pagaban el sueldo, que no, que no tenían sueldo, que no tenían plata, que tocaba esperar, porque como pues realmente no se sabía quién era el dueño de la empresa, ni supe no, porque ni lo conocí realmente”*., agregando a renglón seguido que, *“nosotros fuimos a presentarnos allá, y yo hablé con Fernando dijo que no, que, pues tocaba esperar, yo le dije pues, yo sigo viniendo acá, hasta que de pronto ellos no abrieron, ni nada y yo también pues dejé de ir, porque no, eso le pusieron candados y cadenas y bueno, eso estuvo encerrado mucho tiempo así, no sé ahorita”*.

A pesar de que, la situación expuesta por el demandante, ello no conlleva a aceptar que fue la demandada, quien decidió terminar el vínculo contractual.

Colofón de lo anterior, en el sub examine no se tiene certeza que en efecto la convocada a juicio hubiera dado fin al contrato de trabajo, luego entonces, no era viable imponer condena por este concepto, máxime que, quien tenía la carga de probar la terminación del contrato, era el trabajador, y ello no ocurrió, de acuerdo a lo expuesto en sentencia SL 18082 del 2016, radicación 41871, que señaló *“No puede olvidarse que de tiempo atrás la Sala ha señalado que al trabajador le incumbe demostrar el*



despido y al empleador la justificación del mismo, y ante la inexistencia de prueba sobre la ruptura unilateral e injusta que prevé el legislador como fundamento de la indemnización pretendida, el cargo no puede prosperar”

Así las cosas, se habrá de revocarse el numeral tercero de la sentencia objeto de reproche.

Finalmente, en cuanto a la compulsión de copias reclamada al curador ad litem, esta Sala de Decisión, negará tal pedimento, al estimarse que, la interposición del recurso de alzada frente a la sentencia de primera instancia, impetrado por alguna de las partes en contienda en forma alguna puede verse como un acto dilatorio.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 3 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, entablado por **RAFAEL CÁRDENAS VÁSQUEZ**, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada, **WORLD PARCEL EXPRESS SERVICE INTERNACIONAL S.A.S.** del



pago de la indemnización por despido sin justa causa, conforme a los argumentos esgrimidos en la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

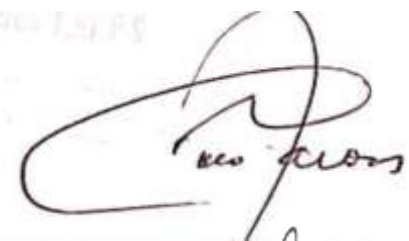
TERCERO: NEGAR la solicitud de compulsión de copias reclamada por la parte actora.

CUARTO. COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las resultas del proceso.

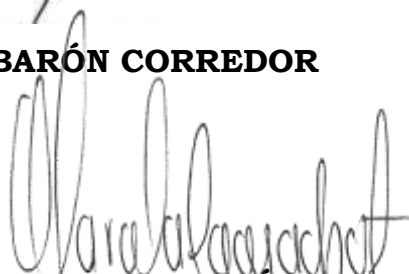
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA PATRICIA AFRICANO GONZÁLEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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 a Gustavo Enrique Martínez González, identificado con C.C. No. 1.014.196.194 de Bogotá y portador de la T. P. No. 276.516 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de Colpensiones, y al abogado, Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con C.C. No. 1.018.469.231 de Bogotá y portador de la T. P. No. 365.094 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de Porvenir S.A., conforme a los poderes de allegados 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 MARTHA PATRICIA AFRICANO GONZÁLEZ, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir efectuado en marzo de 1999 al existir vicio del consentimiento y omisión por parte de la entidad de seguridad social; se declare que la ARP incurrió en omisión a su deber de información.

Como pretensiones condenatorias, reclama se condene a Colfondos y a Colpensiones a tramitar de manera inmediata el regreso automático de la demandante al RPM; se condene a Colfondos a transferir a Colpensiones los aportes realizados por la demandante al RAIS; se condene al reconocimiento de derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a X del archivo denominado “2019-922 (fl 49)_pagenumber” del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 5 de febrero de 1962; que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de noviembre de 1982 a abril de 1999; que el 1° de mayo de 1999 efectuó el traslado a Porvenir; que el asesor de Porvenir diligenció el formulario de afiliación de la actora; que solo le informaron sobre los beneficios que obtendría en el fondo privado, pero no en forma completa; que el 15 de octubre de 2019 solicitó a Porvenir y Colfondos, le fueran emitidas copias de algunos documentos; que, Porvenir emitió respuesta el 28 de octubre de 2019; que el 22 de noviembre de 2002 se trasladó a Colfondos; que no fue informada sobre la posibilidad de retornar a Colpensiones; que Colfondos ha guardado silencio frente al pedimento de la afiliada; que, incoó reclamación administrativa ante Colpensiones el 3 de diciembre de 2019 y la misma fue resuelta en forma desfavorable el 4 del mismo mes y año.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, no obra prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o exista algún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (archivo 2019-922 FL. 157 CONTESTACIÓN COLPENSIONES del expediente digital).



La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado es válido, al haberse brindado la información pertinente y necesaria para adoptar tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (archivo 2019-922 FL. 254 CONTESTACIÓN PORVENIR 10-03-21 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, no se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación efectuada por la demandante es válida, sin embargo, si se considera viable la ineficacia la entidad no se opondrá a tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, buena fe, innominada o genérica, compensación y pago (archivo 2019-922 FL. 378 CONTESTACIÓN COLFONDOS 10-03-21).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de mayo de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir y Colfondos; **declaró** que Colpensiones es la aseguradora del demandante; **ordenó** a Colfondos devolver la totalidad de los aportes realizados por la afiliada a dicha entidad, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales a Colpensiones; **condenó** en costas a Porvenir y Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...así las cosas conforme lo dispuesto con dicha normatividad en armonía con la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia, no podrá predicarse la existencia de consentimiento libre voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones de la accionante señora Africano González ya que esté no estuvo ajustado a los principios que gobiernan el sistema de seguridad social y a la regla de libertad de escogencia del sistema a la cual estará sujeta a la comprobación de que existió libertad informada, es decir una decisión documentada, precedía a la explicación sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales, tales como el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales que se proyecten, razón por la cual se tendrá que condenar a las demandadas a todas y cada una de las súplicas de la demanda...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia, arguyendo para tal efecto que, no se encuentran acreditados vicios del consentimiento frente a la demandante; que, se descapitaliza el sistema; que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la afiliada y en tal sentido, era ella quien debía demostrar los vicios del consentimiento.

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**, reclama se confirme la sentencia de primera instancia, al estimar que, Porvenir y Colfondos al momento del traslado y durante la vinculación de la afiliada, no cumplieron con los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, en lo tocante a demostrar que suministraron información completa al momento de adoptarse tal determinación.



El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria del fallo, al estimar que no se cumplen los requisitos legales para regresar al Régimen de Prima media por parte de la actora; adicionalmente, que no se avizoran causales de nulidad conforme a los lineamientos civiles; en tercer lugar, que no se encuentran acreditados vicios del consentimiento y la declaratoria de ineficacia generaría una descapitalización del sistema pensional, por lo que, en su sentir, también debe estudiarse la prescripción y caducidad de la acción.

A su turno, **Porvenir S.A.**, reclama la revocatoria de la sentencia, arguyendo para tal efecto, que, no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, al realizarse dicho acto en forma libre y voluntaria; que para la época del traslado no se hacían las exigencias reclamadas en la demanda; que la demandante pudo retornar al RPM pero no lo hizo; que el monto de la mesada pensional no puede ser considerado como un elemento que vicie su voluntad; que es improcedente la orden de devolución de los gastos de administración, al haberse utilizado dichos rubros para pagar primas de seguros y consecuencia de ello, se debe revocar la condena en costas impuesta.

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, el 3 de diciembre de 2019, conforme se desprende la documental vista a folio 40 (archivo 2019-922 (fl 49)_pagenumber) y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable a la peticionaria el 4 de diciembre de 2019 (fl. 44 del archivo 2019-922 (fl 49)_pagenumber).

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 el recurso incoado por la apoderada de la demandada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Martha Patricia Africano González, al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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 la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 21 archivo 2019-922 (fl 49)_pagenuber); reporte de días acreditados emitido por Colfondos (fl. 22 archivo 2019-922 (fl 49)_pagenuber); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 28 archivo 2019-922 (fl 49)_pagenuber); derecho de petición incoado ante Porvenir, Colfondos y Colpensiones (fl. 29, 35 y 40 archivo 2019-922 (fl 49)_pagenuber y fl. 33 archivo 2019-922 fl. 254 contestación Porvenir); respuesta de Porvenir y Colpensiones a solicitud incoada (fl. 33, 44 archivo 2019-922 (fl 49)_pagenuber y fl. 37 archivo 2019-922 fl. 254 contestación Porvenir); formulario de afiliación a Colfondos y Porvenir (fl. 39 archivo 2019-922 (fl 49)_pagenuber; fl. 39 archivo 2019-922 fl. 254 contestación Porvenir y fl. 103 del archivo 2019-922 fl. 378 contestación Colfondos); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 90 archivo 2019-922 FL. 157 Contestación Colpensiones); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 26 archivo 2019-922 FL. 254 CONTESTACIÓN PORVENIR); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 27 archivo 2019-922 FL. 254 Contestación Porvenir); relación histórica de movimientos Porvenir (fl. 30 archivo 2019-922 FL. 254 CONTESTACIÓN PORVENIR); certificado emitido por Asofondos (fl. 40 archivo 2019-922 FL. 254 Contestación Porvenir y fl. 102 archivo



contestación Colfondos); reporte de estado de cuenta del afiliado detallado (fl. 104 archivo 2019-922 FL. 378 Contestación Colfondos).

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.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media



y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 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:



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 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 5° de noviembre de 1982 al 30 de abril de 1999, tal como se advierte de la historia laboral allegada por la demandada Colpensiones al momento de contestar el libelo introductor, para luego afiliarse a Porvenir el 10 de marzo de 1999 y luego se trasladó a Colfondos el 22 de noviembre de 2001 (fl. 41 del archivo de la contestación de Porvenir y fl. 102 del archivo de la contestación de Colfondos de los expedientes digitales) 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 (fl. 39 del archivo de contestación a Porvenir del expediente digital).

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 el año 1999 aproximadamente en el mes de febrero se presentó un asesor de Porvenir a las instalaciones, nos convocaron a una charla en la calle 17 con carrera 10 donde estaba la Contraloría ubicada y allí el asesor de Porvenir nos dio una charla de aproximadamente 10, 15 minutos en el cual nos hizo una explicación breve donde nos dijo, digamos nos explicó los beneficios que tendríamos al trasladarnos porque la charla fue a un grupo de aproximadamente 15 personas y allí esta persona nos indicó los beneficios que tendría de trasladarnos del régimen de, administrado por el Seguro Social en ese momento hoy Colpensiones, nos dijo entre los cuatro puntos más importantes que nos dijo, fue el tema de que la pensión de vejez sería más favorable si nos trasladábamos del régimen de ahorro individual al administrado por Porvenir, que uno se podía pensionar antes de los 55 años de edad, el otro tema que nos expuso el señor de Porvenir es que la pensión sería mucho más alta que si continuábamos en el Seguro Social y aparte de eso que el régimen de prima media que era el administrado por el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y por lo cual tendría que entrar en liquidación siendo pues los fondos en este caso Porvenir la única opción que nos quedaba para*



poder obtener nuestra pensión de vejez, no dio ninguna información adicional, no informó alguna característica de cómo sería el régimen pensional, la charla fue realmente muy breve, tampoco nos dijo, nos hizo un cálculo de, comparativo de cómo sería la pensión en este nuevo régimen y pues ninguno, es decir fue una información más hacia indicarnos cuales eran los beneficios que nos prestaría estar en el fondo privado, es decir en Porvenir, es más, en esa charla pues como le indico, habían más de 15 personas y pues el señor nos diligencio el formulario y nosotros firmamos para el traslado, no hubo una aclaración más allá de lo que le estoy comentando doctora”.

El formulario de afiliación fue diligenciado por el asesor de Porvenir y solo se limitó a firmarlo, pero no le informaron sobre los posibles beneficiarios en caso de que la afiliada falleciera y tampoco respecto a la posibilidad de realizar aportes voluntarios; que recibía los extractos financieros de las entidades convocadas a juicio.

En lo tocante al traslado de Porvenir a Colfondos, informó que este se había realizado, en una charla “*similar a la que hizo Porvenir en la cual dicen que podría recibir una mejor mesada pensional, con un mayor valor, pero no dice ni cómo se va a obtener eso, pero, pues nos ofrece lo que le digo una mayor mesada y con un mayor valor pero tampoco hay un cálculo comparativo ni entre Colfondos, ni entre Colfondos, ni Porvenir, ni el seguro, nadie brindo una, digamos una información con respecto a este tema, fue una charla similar a la que ofreció, a la que dio Porvenir con, diciendo que pues podía tener una mejor mesada pensional”.*

El motivo para solicitar su retorno a Colpensiones, es por cuanto, “*los compañeros que empezaron a pensionarse, me entero que a mis compañeros les están dando una pensión que equivale prácticamente a un salario mínimo, en este momento cuando yo veo que empieza a suceder eso, voy a Colfondos y e indago como sería mi pensión, para saber cuál sería la mesada pensional, cuando voy y pregunto, Colfondos me responde que ni siquiera tengo los ahorros suficientes para que me den una mesada de siquiera un salario mínimo, entonces cuando yo veo eso, pues yo tengo trabajando*



30 años, no me he pensionado, tengo 59 años y pregunto yo, como es que me voy a pensionar después de trabajar 30 años, 5 por fuera y 25 en la entidad, con un salario mínimo, ni siquiera tengo para poder obtener una pensión de un salario mínimo, ahí es donde vengo a ver que toda la información que me brindó Colfondos, que me brindó Porvenir, fue una información sesgada, no fue una información clara, porque si desde el principio tanto Porvenir como Colfondos, me dicen que voy a recibir un salario mínimo después de trabajar 30 años, seguramente no estaríamos en esta sala señor juez”, agregando a su dicho que “...como no voy a querer devolverme si sé que la mesada pensional que me puede ofrecer Colpensiones equivale a algo más del 65% de mi salario, entonces quiero regresar, necesito que me permitan regresar, porque yo he trabajado toda mi vida para obtener una pensión, como puedo vivir con un salario mínimo después de todo el esfuerzo que ha implicado mi trabajo en estos años, por eso solicito a este despacho, señor juez que me permitan regresar a Colpensiones y pueda tener una pensión digna para poder vivir los años que me puedan quedar...” y de habersele informado que le sería reconocida una mesada igual al salario mínimo legal mensual vigente nunca se hubiese trasladado de régimen ni hubiese realizado el traslado horizontal a Colfondos.

A su turno, la representante legal de Porvenir S.A., informó que, al momento del traslado a Porvenir, no le fue entregado plan o reglamento de la entidad; que se brinda una asesoría idónea a los empleados del ente de seguridad social, para que ellos a su turno la transmitan a los posibles afiliados, sin embargo, fue reiterativa en señalar que no le constaba la información suministrada por el asesor a la trabajadora al momento de suscribirse el formulario de afiliación, el cual contenía “*aspectos básicos y la voluntad de libertad de selección del posible afiliado, una vez este comprendiera cada una de las características o decisiones que podría conllevar su traslado al régimen de ahorro individual*”.

El movimiento de Porvenir a Colfondos, obedeció a que este último, le ofreció una mesada pensional más alta que la que le podía ofrecer Porvenir.



El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose 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 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 el sentenciador 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, 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, dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las entidades de seguridad social a reintegrar tales valores.

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el



4 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA PATRICIA AFRICANO GONZÁLEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante, MARTHA PATRICIA AFRICANO GONZÁLEZ en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente.

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, circular, light-colored watermark or 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 **VÍCTOR ALFONSO PAYARES URIBE** CONTRA **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE LAVADO S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Daniel Hernando Cárdenas Herrera** identificado

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»



con cedula de ciudadanía No. 79.261.021 de Bogotá y tarjeta profesional 88.242 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Compañía Colombiana de Lavado S.A.S.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **VÍCTOR ALFONSO PAYARES URIBE**, por intermedio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE LAVADO S.A.S.**, pretendiendo se declare que su despido fue ilegal, al tener lugar sin previo aval del Ministerio del Trabajo, pese a su estado de salud. Como consecuencia, condenar a la parte pasiva a reintegrarlo a un cargo igual o de superior categoría, junto con el pago indexado de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social integral desde el 9 de junio de 2015 hasta el día en que se dicte sentencia, indemnización por despido sin justa causa, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria, indemnización de perjuicios materiales bajo la modalidad de daño emergente y lucro cesante, perjuicios morales y a la vida de relación, intereses corrientes y moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fls. 6 y 7).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 7 a 12 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 25 de marzo de 2014 celebró contrato de aprendizaje con la demandada, cuya duración se pactó por un período de 10 meses, por manera que el mismo se ejecutaría hasta el mes de enero de 2015. Aduce que el 21 de agosto de 2014, sufrió accidente laboral, pues al iniciar el mantenimiento de una secadora que



aun se encontraba encendida, su brazo izquierdo quedó atrapado, lo cual le ocasionó una fuerte fractura, así como un fuerte golpe en cabeza y pecho, siendo ello reportado ante su ARL Seguros Bolívar. Advierte que tal siniestro le generó una hospitalización de 10 días, una intervención quirúrgica e incapacidades médicas por alrededor de 105 días, entre el 21 de agosto de 2014 y el 10 de diciembre de símil año. Que una vez fue dado de alta, su médico tratante le diagnosticó trastorno de adaptación, otros trastornos especificados de la personalidad y del comportamiento de adultos, traumatismo del cuello no especificado, contusión del tórax, contusión del hombro y del brazo, contusión de otras partes del antebrazo y de las no especificadas, fractura de la diáfisis del cubito y del radio, luxación del codo no especificada. Que tal situación fue de conocimiento de la demandada, pues sus médicos emitieron recomendaciones laborales, a más que el pago de sus incapacidades se efectuaron a través del dador del laborío. Refiere que el 5 de diciembre de 2014 suscribió con la demandada otro sí al contrato de aprendizaje, el cual se ejecutaría hasta el 3 de mayo de 2015, dado que cesó labores debido a su incapacidad. Indica que el 2 de mayo de 2015, la convocada dio por terminado su contrato de aprendizaje, no obstante, el 9 de junio de 2015 celebró con la llamada a la acción, un nuevo contrato de trabajo, mismo que fue terminado de manera unilateral por la accionada, bajo el argumento de no cumplir con las expectativas durante el período de prueba, sin contar además, con el permiso del Ministerio del Trabajo.

Aduce que a la calenda de su desvinculación aun se encontraba en tratamiento de rehabilitación y presentaba deformidad y limitación funcional del codo izquierdo, por lo que debió continuar sesiones de terapia ocupacional; sumando a ello que el 16 de junio de 2015, debió ser hospitalizado nuevamente para el manejo del dolor, y le fueron expedidas distintas incapacidades de 30 días cada una, entre el 22 de junio de 2015 y el 14 de septiembre del mismo año. Refiere que el 29 de marzo de 2016, fue sometido a una intervención quirúrgica, consistente en transferencia



tendinosa en mano, tenosinovectomía de flexores y extensores mano izquierda, después de la cual le fue prescrita otra incapacidad por 30 días. Concluye indicando que el 24 de febrero de 2017 la ARL Seguros Bolívar, profirió dictamen de calificación No. 1022989126-160, por medio del cual calificó las patologías fractura de la diáfisis del cubito y del radio con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 14,80% de origen laboral.

CONTESTACIÓN: La demandada **COMPAÑÍA DE LAVADO LTDA.** contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto que entre las partes existieron dos contratos disímiles; el primero de ellos consistió en un contrato de aprendizaje que inició el 25 de marzo de 2014 y terminó el 2 de mayo de 2015, al ser ampliado su término de duración, por acuerdo entre los contratantes; posteriormente, el 12 de mayo de 2015 se suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a 6 meses, el cual por error involuntario fue terminado en período de prueba, lo cual no era válido desde el punto de vista legal, debido a que el trabajador ya había sido vinculado mediante un contrato anterior, por lo que en el transcurso del trámite se procederá a cancelar la indemnización correspondiente. Añade que en todo caso, el demandante a la fecha del finiquito no se encontraba incapacitado, ni había informado sobre terapias de rehabilitación, siendo imposible para la empresa conocer su estado de salud, que tampoco le fue informado al momento de hacerle extensiva la carta de despido. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de las obligaciones demandadas, pago y cobro de lo no debido (folios 74 a 86).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de agosto de 2021, resolvió **declarar** que entre las partes existió un contrato de aprendizaje desde el 25 de enero de 2014 y el 3 de mayo de 2015; **declarar**



la ineficacia de despido ocurrido el 3 de mayo de 2015 y por tanto, ordenar a la demandada el reintegro del trabajador a su cargo o a uno de igual o mejor categoría acorde a sus capacidades físicas y aptitudes, desde el 4 de mayo de 2015, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social dejados de percibir entre el despido y en el reintegro; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y **condenar** en costas a la pasiva. (Cd. a folio 106).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, conforme al dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación, el actor presentó una pérdida de capacidad laboral del 16,46%, por manera que goza de la protección estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, siendo claro que la terminación del contrato de aprendizaje ocurrida el 3 de mayo de 2015 es ineficaz; sumando a ello que también es ineficaz el finiquito del contrato de trabajo a término fijo celebrado por un término fijo de 6 meses, por cuanto no pueden coexistir ambas formas de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 789 de 2002. Concluyendo que el trabajador debe ser reintegrado junto con el pago de salarios y prestaciones sociales, no obstante, absuelve de la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, por considerarla improcedente en virtud del reintegro, absteniéndose igualmente, de reconocer los perjuicios reclamados por no encontrarlos demostrados en las diligencias.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE LAVADO S.A.S.** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no se acreditó en el proceso que el actor se encontrara en un estado de debilidad manifiesta o con una estabilidad laboral reforzada, por cuanto si bien a la fecha de terminación del contrato de trabajo no se aduce una causal objetiva, al ser despedido el convocante en período de prueba por un error involuntario, el cual la empresa



reconoció desde la contestación de la demanda, lo cierto es que el trabajador no contaba con ninguna incapacidad, ni tenía pendiente ningún tratamiento, por manera que no puede concluirse que su despido se dio por motivo de una discapacidad o una debilidad manifiesta, como quiera que la última incapacidad se prolongó hasta el 4 de diciembre de 2014, esto es, 5 meses antes de darse el finiquito laboral. Aduce que con ocasión al porcentaje de pérdida de capacidad laboral debidamente calificado, la ARL reconoció al demandante la correspondiente indemnización a que había lugar, cuando aun se encontraba vinculado a la empresa, siendo claro que fue resarcido por el daño.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que bien hizo el fallador de primera instancia en conceder las pretensiones de la demanda, en cuanto se cumplieron los presupuestos necesarios para solicitar y conceder el fuero de estabilidad laboral reforzada, pues el empleador conocía la condición de salud del señor Víctor Payares, en tanto este se accidentó en la empresa y supo de su condición una vez se reintegró a sus labores, pasadas sus incapacidades, encontrándose el actor en tratamiento de rehabilitación y readaptación profesional.

Parte demandada: Este extremo procesal solicita la revocatoria del fallo opugnado, aduciendo para el efecto que en el presente caso no opera la estabilidad laboral, ya que en el proceso el trabajador no probó que se encontraba en debilidad manifiesta, sumando a ello que, el despido fue justo y además legal, pues el contrato fue terminado en periodo de prueba, y por lo tanto, no existe ninguna consecuencia para la



sociedad demandada, como la de pagar la indemnización por despido, ni mucho menos la obligación de reintegrar el trabajador. Añade que el Juzgado de Conocimiento no consideró que el accionante no aceptó el reintegro en la audiencia de conciliación, como tampoco que este se encontraba laborando, según así lo adujo su apoderada en los alegatos de conclusión, acotando que acceder a las pretensiones de la demandada configuran un enriquecimiento sin justa causa a su favor.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con el artículo 66 A del CPT y de la SS, el determinar si procede el reintegro de VÍCTOR ALFONSO PAYARES URIBE con ocasión a la desvinculación, cuando posiblemente gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Denotando que no se considerarán las alegaciones allegadas por las partes en esta instancia que constituyan nuevos puntos de apelación, por no haber sido sustentados debidamente en la alzada formulada ante el *a quo*.



RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, posterior a la terminación de un contrato de aprendizaje, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos de los artículos 61 y 61 del CPT, en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 35), certificado de estudios (fl. 36), contrato de aprendizaje (fls. 37 y 90), informe de accidente de trabajo (fl. 38), historia clínica del demandante (fls. 39 a 44 y 57 a 50), certificados de incapacidades (fls. 45 a 48, 53 a 56 y 60 a 63), otro sí al contrato de aprendizaje (fl. 49), carta de terminación del contrato de aprendizaje (fl. 50), derechos de petición elevados ante la demandada (fls. 51 y 64), carta de terminación del contrato de trabajo en período de prueba (fl. 52), dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la ARL Seguros Bolívar (fls. 65 a 69), contrato de trabajo a término fijo inferior a 6 meses (88 a 89), dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (fls. 87 a 91) e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el representante legal de la Compañía Colombiana de Lavado S.A.S.

Probanzas de las cuales se advierte que PAYARES URIBE fue vinculado por la demandada a través de un contrato de aprendizaje, cuya duración se estipuló del 25 de marzo de 2014 al 20 de enero de 2015 (fl. 37), misma que se prorrogó hasta el 3 de mayo de 2015, mediante otro sí suscrito por las partes, a causa de las distintas incapacidades que le fueron ordenadas al aquí demandante desde el 21 de agosto de 2014 hasta el 5 de diciembre de 2014 (fl. 49); vínculo este que en efecto terminó el 3 de mayo de 2015, como se refiere en la comunicación visible a folio 50; no obstante, el **12 de mayo de 2015** el extremo activo fue vinculado por la demandada a través de contrato de trabajo a término fijo inferior a 6 meses para



desempeñar el cargo de operario, a cambio de un salario equivalente a \$644.350, el cual fue terminado por decisión de la encartada el **9 de junio de 2015**, aduciendo para el efecto, que el actor no superó el período de prueba (fls. 52 y 88 a 89).

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – INEFICACIA DEL DESPIDO

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

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

De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531



de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. De manera que, la indemnización prevista constituye una sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de discapacidad y, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

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

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

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



(b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, **el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas**, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.
(...)»

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

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, descende esta Sala a zanjar los reparos presentados por la accionada que, en síntesis, reseñan que el demandante no presentaba una condición de salud que impidiera su retiro del servicio.

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

1. Informe de accidente de trabajo (fl. 38), en el cual se detalla que el 21 de agosto de 2018 el demandante Víctor Alfonso Payares, presentó accidente, mientras realizaba su labor de aprendiz en la Compañía Colombiana de Lavado, consiste en que “El empleado solicito (sic) que apagaran la secadora para hacer el respectivo mantenimiento le indicaron que esperara porque estaba terminando el ciclo de secado. El (sic) escucho (sic) que la maquina (sic) paro (sic) y supuso que ya la había apagado por lo que inicio (sic) su labor pero la maquina (sic) aun estaba encendida y le atrapo (sic) el brazo izquierdo ocasionandole (sic) una fractura (sic). En el intento de soltarse se golpeo (sic) la cabeza y el pecho”.



2. Obra historia clínica del demandante, en la cual se refiere que debido al accidente en referencia, fue atendido por la Clínica de Occidente, en donde se le diagnosticó luxofractura de codo, fractura de radio y cúbito izquierdo y tensión tendinosa, frente a lo cual recibió manejo quirúrgico y hospitalización por 10 días (fls. 39 a 44).
3. Igualmente, se observan distintas órdenes de incapacidad de 30 días cada una, por el lapso comprendido entre el 21 de agosto de 2014 y el 20 de noviembre de simil año (fls. 45 a 48), al igual que incapacidad por el término de 15 días, desde el 20 de noviembre de de 2014 hasta el 5 de diciembre del mismo año (fl. 63).
4. A folio 63 se constatan restricciones laborales por el término de 6 meses contados a partir del 5 de diciembre de 2014, las cuales consistieron en *“RESTRINGIR LA CARGA CON LA EXTREMIDAD SUPERIOR IZQUIERDA A 5 – 6 KG, EVITANDO LA PRESIÓN POTENTE Y LAS REPETICIONES, ASISTIENDO A SUS SESIONES DE TERAPIA Y CONTROLES MÉDICOS PROGRAMADOS”*.
5. El 24 de febrero de 2017, la ARL Seguros Bolívar calificó al demandante con una pérdida de capacidad laboral del 14,80% , por el diagnóstico fractura de la diáfisis del cubito y del radio, de origen accidente laboral, con fecha de estructuración 16 de junio de 2015 (fls. 65 a 69).
6. En igual sentido, el 23 de enero de 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca emitió dictamen de calificación, en el cual determinó al extremo activo una pérdida de capacidad laboral del 16,46%, por los diagnósticos de fractura de la diáfisis del cubito y del radio izquierdo y traumatismo



del nervio radial a nivel del antebrazo, con fecha de estructuración 13 de diciembre de 2019 y origen accidente de trabajo (fls. 87 a 91).

7. En esta última experticia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez al hacer referencia a la información clínica del accionante, anotó que el 17 de abril de 2015, este fue atendido por la especialidad Cirugía de mano, quien resaltó que ante los episodios de inflamación que está presentando el demandante, es necesario tomar un TAC, a efectos de establecer si el radio se encuentra consolidado, pues de lo contrario, debe realizar una cura de pseudoartrosis y revisión del interóseo posterior. Por tanto, se ordenó control con resultados de TAC (fl. 89). Asimismo, se advierte que el 16 de junio de 2015, el demandante fue intervenido a fin de realizarle una cura de pseudoartrosis (fl. 77), además, le fueron ordenadas incapacidades de 30 y 7 días, del 16 de junio de 2015 al 16 de septiembre de símil año.
8. Finalmente, se refirió en la calificación de pérdida de capacidad laboral expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez que en marzo de 2016, se realizó al demandante transferencia tendinosa para interóseo posterior; también se indicó que fue dado de alta por cirugía de mano en el mes de enero de 2017 y por fisiatría en el mes de abril de 2018.

Probanzas estas que no han sido tachadas de falsas, ni reargüidas por las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S., y de las cuales emana que el demandante durante la vigencia de su contrato de aprendizaje presentó un accidente en las instalaciones de la convocada, ejerciendo sus labores de aprendiz, el cual le generó una luxofractura de codo, fractura de radio y cúbito izquierdo y una tensión tendinosa, cuya rehabilitación implicó inicialmente una intervención



quirúrgica, así como diversas incapacidades ente el 21 de agosto de 2014 y el 5 de diciembre de simil año, pudiendo retornar a sus labores de aprendiz, con recomendaciones laborales vigentes desde esta última fecha hasta el 5 de junio de 2015.

De suerte que, para la fecha en que terminó el contrato de aprendizaje, que lo fue el 3 de mayo de 2015 (fl. 50), el demandante sí se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, como quiera que aun no había superado su afectación en la salud, y presentaba recomendaciones para desempeñar su labor de aprendiz; empero, considera la Sala que tal circunstancia no abre paso a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 para esta clase de vínculo, como quiera que desde la Ley 789 de 2002 el contrato de aprendizaje, fue regulado como una forma de vinculación especial, diferente a la de naturaleza laboral, cuya finalidad primordial es permitir la formación teórica y práctica de una persona natural en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional completa en el oficio.

Lo anterior, desde luego, hace inaplicable las consecuencias del artículo 26 de la Ley 26 de la Ley 361 de 1997, por requerir como presupuesto la existencia de una relación de trabajo propiamente dicha; por tanto, no comparte la Sala que el Juzgado de Conocimiento haya dispuesto el reintegro laboral desde la calenda que terminó el contrato de aprendizaje, esto es, el 3 de mayo de 2015, menos aun cuando las consecuencias del mismo, implican la continuidad de un vinculo que no puede superar la duración de 2 años y en el que además, no se reconoce propiamente un salario, sino un apoyo económico mensual, según el artículo 30 de la Ley 789 de 2002.

Empero, no debe dejar de lado la Colegiatura que el 12 de mayo de 2015, el demandante fue nuevamente vinculado por la encartada, esta vez,



mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a 6 meses (fls. 88 a 89), el cual está llamado a surtir todos sus efectos, entre los cuales se destaca, el eventual derecho a la estabilidad laboral reforzada, que desde el surgimiento de dicho nexo si tiene aplicación, siempre que concurren los presupuestos legales y jurisprudenciales para ello, por tratarse claramente de una relación de trabajo regulada por el CST. Por tanto, procede a la Sala a verificar si el actor es merecedor de la protección deprecada en vigencia del contrato de trabajo en referencia.

Para el efecto, se tiene que a la data en que fue terminado este último contrato, esto es, el 9 de junio de 2015 (fl. 52), el demandante sí se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, causada por el accidente que acaeció mientras este era aprendiz, contrario a lo aducido en la alzada, como quiera que si bien no se encontraba incapacitado para tal época, e incluso ya se habían vencido sus recomendaciones laborales, lo cierto es que aun estaba vigente su tratamiento y su proceso de rehabilitación, pues nótese que a folio 89 la Junta Regional de Calificación de Invalidez, reseñó que el 17 de abril de 2015, es decir, cuando aun el actor tenía la calidad de aprendiz, el Cirujano de mano le ordenó un TAC para determinar si era necesario realizar una nueva intervención quirúrgica, misma que a la fecha del finiquito laboral acaecido el 9 de junio, aun no se había definido, ya que que la misma se realizó solo hasta el 16 de junio de 2015, esto es, pasados tan solo 5 días desde la terminación del contrato.

Resultando claro que el accionante al momento de la terminación del contrato, presentaba una afectación en su salud merecedora de la protección deprecada porque se encontraba en curso un tratamiento, que además le generó distintas incapacidades por un lapso de 3 meses, tan solo después de 5 días de la terminación del contrato.



Ahora, aunque el representante legal de la demandada adujo en su interrogatorio de parte (Cd. a folio 106), que desconocía que estaba pendiente una intervención quirúrgica del actor, tal justificación no resulta atendible en el caso sometido a consideración de la Sala, como quiera que previo al despido, debió verificar la llamada a la acción si el convocante ya se encontraba en etapa de recuperación de su salud, en la medida que esta se afectó con ocasión a un accidente ocurrido en sus instalaciones, que además fue de su conocimiento porque lo reportó ante la ARL Seguros Bolívar, a más que estaba enterada de las incapacidades que le fueron ordenadas al convocante y de sus recomendaciones laborales, al punto que amplió el término de vigencia del contrato de aprendizaje y se aseguró que a la data de despido no estuvieran vigentes las mismas, como así se infiere del interrogatorio de parte que rindió.

De tal suerte que, al ser de su conocimiento tal siniestro, cuya atención estuvo a cargo de la ARL Seguros Bolívar, a la cual el mismo patrono afilió al actor, este debió constatar que tal situación ya se encontraba superada para el finiquito, lo cual claramente no acaeció, porque se *itera*, el proceso de rehabilitación de PAYARES URIBE aun se encontraba en curso y pese a ello el dador del laborío procedió a su despido.

Terminación que de ninguna manera puede ser considerada como legal y objetiva, en tanto que al ser el trabajador conocido por la empleadora desde su condición de aprendiz, no le era aplicable ningún período de prueba, cuando aquel fue vinculado por la encartada mediante un contrato de trabajo a termino fijo inferior a un año, siendo diáfano que esta no podía echar mano de tal figura jurídica para proceder al despido, como bien lo acepta en su contestación, al referir que por error finalizó el nexa laboral alegando la falta de superación del período de prueba.

Concluyéndose que en el caso analizado, sí es procedente el reintegro laboral, pero en principio lo sería desde el 10 de junio de 2015, esto es, el



día siguiente a la calenda en que se terminó el contrato de trabajo que ató a las partes.

No obstante, como quiera que la recurrente no discute la fecha desde la cual el Juzgado de Conocimiento dispuso el reintegro reclamado, esto es, desde el 4 de mayo de 2015, la Sala de Decisión dejará incólume tal determinación al no ser objeto de alzada.

Dimanado en la confirmación del fallo opugnado, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la parte demandada, 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 Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 24 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **VÍCTOR ALFONSO PAYARES URIBE** contra **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE LAVADO S.A.S.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



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

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor", is positioned above the name.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is positioned above the name.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name.

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-



202019000753 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS ALFONSO GARCÉS SOLIS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de

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



202019000753 01 ²

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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS ALFONSO GARCÉS SOLIS** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de Porvenir S.A. el 27 de julio de 1994; al igual que siempre permaneció en el RPM administrado por Colpensiones, en el cual tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez bajo las previsiones que lo rigen. Como consecuencia, condenar a la AFP Porvenir a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por concepto de gastos de administración o cualquier otro; se ordene a Colpensiones admitir su regreso automático como afiliado del RPM; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita* costas y agencias en derecho (fls. 3 y 4 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 2 de febrero de 1963, motivo por el cual cuenta con 56 años; que se afilió al otrora ISS



desde el 22 de julio de 1986; además, el 27 de julio de 1994 suscribió formulario de afiliación ante la AFP Porvenir S.A., la cual se hizo efectiva el 1º de agosto de 1994, para lo cual el asesor de la citada a quien conocía por haber sido alumno suyo, le indicó que en el RAIS podía pensionarse de manera anticipada; empero no le fue indicado cómo se constituiría su pensión, a más que no se le advirtió sobre la conveniencia de tal acto, ni tampoco se le refirieron las características y diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales. Que en el mes de julio de 2000 se trasladó a ING hoy Protección, sociedad que igualmente, no le brindó una asesoría completa, clara, veraz y suficiente respecto de las características y diferencias existentes entre el RPM y el RAIS, pues únicamente le indicó que su mesada pensional tendría un valor mayor que en Porvenir. Aduce que el 18 de mayo de 2001, retornó a la AFP Porvenir, oportunidad en la cual nuevamente la citada omitió el cumplimiento de su deber de información. Que solicitó ante Colpensiones su retorno al RPM debido a la ineficacia de su traslado, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses. Concluye que de acuerdo a un estudio comparativo realizado, se pudo constatar que se presenta una diferencia en el valor de la pensión que se reconocería en uno u otro régimen.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que de cuenta que efectivamente al demandante se le hizo incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se esté en presencia de un vicio del



consentimiento (error, fuerza o dolo), además, no se evidencia en las solicitudes del actor nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza, que medió una inconformidad del extremo activo, pues por el contrario, las documentales se encuentran conforme a derecho y dan cuenta de una afiliación libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Añade que, en todo caso, el demandante no reúne las condiciones establecidas en la sentencia SU 062 de 2010. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada (Fls. 172 a 207).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, dado que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Agrega que el afiliado tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, dentro del cual permaneció sin ninguna intención de retornar a Colpensiones, por manera que conocía las ventajas de ambos regímenes. **Excepciones:** En el contenido de la contestación no se advierten excepciones (Fls. 251 a 262 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su



oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, la vinculación de la parte demandante con la AFP en el año 1994 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que tal decisión fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación 190448 que este suscribió -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 conforme a los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Agrega que el accionante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS al retronar a la administradora en el año 2001, ocasión en la que nuevamente recibió asesoría íntegra, veraz y oportuna, tal como se advierte en su solicitud de vinculación 01560890. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 294 a 341 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de febrero de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al RAIS el 27 de julio de 1994 a través de la AFP Porvenir y horizontalmente a Protección, así como a Porvenir, en julio de 2000 y en mayo de 2001, respectivamente; **declarar** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; **ordenar** a la AFP



Porvenir S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor; **condenar** en costas a las demandadas (Cd a folio 12).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar que, *«no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz, fuera incapaz absoluto, lo que entraña sin lugar a vacilación que en gracia de discusión, de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las, de*



las catalogadas por la ley como nulidades relativas las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo. Por otro lado me permito presentar mi inconformidad respecto a generar mi representada devolución referente al porcentaje de gastos de administración indebidamente indexado, pues esto es claramente algo que desconoce una característica que es propia y establecida legalmente por la ley al régimen de ahorro individual y es generar estos cobros por administración respecto en la prima de seguros que se cubrió durante todo el tiempo de las partes a la parte demandante respecto de las, de las contingencias de invalidez y muerte y frente al administrador del fondo de solidaridad que fue establecido en la misma Ley 100 y que el efecto de la ineficacia conllevaría a que el acto jurídico no hubiera existido y no podría conllevar una devolución de rendimientos financieros a éstos en este aspecto».

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que en el caso objeto de estudio no concurre el vicio del consentimiento por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir, pues no se trata de un error dirimente o error nulidad que afecte su validez. Añade que era carga del accionante demostrar que fue engañado por los asesores de Porvenir, como así lo afirmó, en virtud del artículo 167 del CGP, la cual claramente no fue atendida por este. Refiere que la decisión de primer grado contribuye a la descapitalización del sistema y desconoce que en las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional refirió que nadie puede beneficiarse de los



recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados del RPM.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de primer grado aduciendo que al señor GARCÉS SOLÍS nunca se le brindó información clara, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, como tampoco el monto que necesariamente debía acumular para acceder a una mejor pensión, o la posibilidad de realizar cotizaciones voluntarias, por manera que la decisión del *a quo* se encuentra ajustada al precedente jurisprudencial imperante sobre la materia.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** indica que a lo largo del proceso, se demostró que la AFP actuó bajo el principio de buena fe constitucional, brindado la información idónea y necesaria que se requería, para la época (año 2000), respecto a la afiliación y traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías



Protección S.A. Aduce que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a Protección S.A., se administró y gestionó el dinero depositado, con el mayor de los cuidados y diligencia, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros, por manera que devolver dichas sumas por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones, sería como reconocer una póliza sin que existiera o se materializara el siniestro o contingencia para la que fue adquirida.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que 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.

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, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 126 a 129 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 LUIS ALFONSO GARCÉS SOLIS al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identidad del demandante (fl. 22), formulario de afiliación a Porvenir (fl. 83 a 84, 344 a 345 y 354 a 355), historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 85 a 121), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 122 a 138), simulación pensional (fls. 139 a 141), formulario de afiliación a la AFP Santander hoy Protección S.A. (fls. 263 a 268), reporte estado de cuenta expedido por Protección S.A. (fls. 269 a 272), comunicación emanada de la AFP Protección (fls. 273 a 275), historial de vinculaciones (fls. 276 y 368 a 369), comunicados de prensa (fls. 277 a 280, 343 y 358 a 366), certificado de afiliación expedido por la AFP Porvenir S.A. (fl. 342), comunicaciones emitidas por la AFP Porvenir (fls. 347 a 353 y 356 a 357), expediente administrativo allegado por Colpensiones e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd. a folio 12).

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

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

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

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

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

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

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

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



deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones,



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

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

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

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

En tal sentido, el 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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

202019000753 01 23

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o



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

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

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

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

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

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

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

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

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



abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro



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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se afilió al otrora ISS desde el 22 de julio de 1986 hasta el 11 de marzo de 1991, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo (CD. a folio 4); para luego trasladarse el 27 de julio de 1994 a la AFP Porvenir (fl. 355 del expediente digital); posteriormente, el 14 de junio de 2000, se trasladó a la AFP Santander hoy Protección (fl. 263), y finalmente el 18 de mayo de 2001 retornó a Porvenir (fl. 344), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, conforme da cuenta la certificación visible a folio 342 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 355 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que fue visitado por un ex alumno del Colegio Saleciano, quien le indicó que le realizaría una encuesta sobre los fondos de pensiones, a lo cual accedió dado que su conocido ganaría un dinero adicional en su trabajo. Que en ese momento solo se le indicó que en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada y con mejores garantías que en el ISS; además, que firmó el formulario de afiliación sin leerlo y le entregó copia de la cédula al asesor. Que cuando hizo un trámite relacionado con sus cesantías, se dio cuenta que esa encuesta en realidad constituyó su afiliación en pensiones a la AFP Porvenir. Concluye advirtiendo que se trasladó a la AFP Santander hoy Protección, porque dicho banco poseía su cuenta de nómina, sin embargo, cuando este desapareció retornó a Porvenir (Cd. a folio 12).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que 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 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 el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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, lo cual conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros se descontaron en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993.



Sobre el particular, no se advierte que el Juzgado Conocimiento haya emitido orden relativa a que la AFP demandada deba proceder a la devolución de esos conceptos, no obstante, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido, teniendo en cuenta que 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, indicó que ello 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, 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 los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 22 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y comisiones durante la afiliación del demandante a dicha administradora, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

202019000753 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

(Salva voto)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

202019000753 01 34

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. 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 **SANDRA GÓMEZ GUERRERO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. 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 treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Cindy Julieth Villa Navarro**, identificada con cedula

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de ciudadanía No. 1.129.580.577 de Barranquilla y tarjeta profesional 219.992 del C.S. de la J., para que actúe en representación Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Angélica María Cure Muñoz**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.140.887.921 de Barranquilla y tarjeta profesional 369.821 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,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **SANDRA GÓMEZ GUERRERO** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., en el mes de agosto de 1997, por omisión en el deber de información; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a tramitar en un plazo máximo de 15 días, su regreso automático al RPM; condenar a la AFP Porvenir S.A. a tramitar el traslado de los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio 20 a 21 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 12 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 25 de octubre de 1968, motivo por el cual cuenta con 61 años, además, al 1° de abril de 1994, ya había superado la edad de 35 años; que cotizó al otrora ISS desde el 1° de marzo de 1979 y que el 1° de agosto de 1997, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., para lo cual solo le fue informado por el asesor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la citada que su pensión sería más favorable y podría ser adquirida antes de los 55 años. Refiere que nunca se le informaron las desventajas de su decisión, ni característica alguna del nuevo régimen pensional, pues la charla dada fue muy breve, ya que duró aproximadamente de 10 a 15 minutos; tampoco se le mencionó la pérdida del régimen de transición, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, la fecha de redención del bono pensional y el capital que requería para financiar una pensión equivalente al 110% del salario mínimo. Aduce que no recibió asesoría completa y veraz al momento de efectuar su traslado de régimen pensional, omitiéndose informar todas las consecuencias, y en particular, el perjuicio económico que le implicaría pertenecer al RAIS. Indica que el 10 de noviembre de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir, además, el 10 de abril de 2002, se vinculó a la AFP Santander hoy Protección, y finalmente, el 26 de mayo de 2003, retornó a la AFP Porvenir. Que las AFP convocadas le indicaron no tener soporte alguno de la asesoría brindada al momento de efectuarse el traslado y que elevó reclamación administrativa a Colpensiones, sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a la pretensión tendiente a obtener la declaratoria o ineficacia del traslado de régimen pensional, al considerar en esencia que, la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, esto se evidencia en el aparte del formulario, voluntad de selección y afiliación suscrito por ella. Resalta que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el decreto 692 de 1994 art. 11 y ss. Añade que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento, pues se ha caracterizado siempre por capacitar a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, y sobre todo profesional respecto al Régimen de Ahorro Individual y sus efectos. **Excepciones:** Formuló como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica (fls. 1 a 21 archivo 10 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, no obra prueba que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la activa; al contrario se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls. 3 a 43 archivo 08 del expediente digital).

Por su parte, 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, el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí, es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el mismo es nulo. **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. 3 a 43 archivo 09 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS con fecha de efectividad 1º de octubre de 1997, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante-aportes pensionales, cotizaciones-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la activa, para lo cual se concede el término de un (1) mes; **condenar** a la AFP Protección S.A. a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, con cargo sus propios recursos y utilidades, así como lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado, para lo cual concede el término de un (1) mes; **condenar** a Colpensiones activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A., **sin costas** para Protección y Colpensiones (Archivo de audio 18 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de 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 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 **SOCIEDAD 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 si bien ha dado lugar a un precedente jurisprudencial sobre la materia, también ha indicado que en cada caso se deben analizar las particularidades de cada afiliado, lo cual debe hacerse extensivo al *examine*, como quiera que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

configuran causales suficientes para declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado. Acota que este negocio jurídico realizado el año 1997, tuvo lugar con la debida asesoría de la demandante, pues el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha venido incrementándose a lo largo del tiempo, anotando que a la época del traslado no se exigía la información en los términos reclamados en el escrito de demanda, máxime que al mismo se le dio mayor alcance por parte de la Corte Suprema de Justicia solo hasta el año 2008. Indica que la activa ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, de manea libre, voluntaria y sin ningún tipo de coerción, además, durante su permanencia al RAIS ha ejercido diferentes actos de relacionamiento que denotan una voluntad de permanencia al mismo. Concluye que no es procedente la condena por gastos de administración y sumas de la aseguradora, toda vez que resulta contradictorio retronar estos dineros junto con los rendimientos financieros, cuando las consecuencias de la ineficacia implican considerar que el acto pierde todo efecto, a más que la deducción de las sumas en mención se encuentra amprada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para entre otras cosas, garantizar los seguros de invalidez y sobrevivencia, cuyas primas ya fueron trasladadas a las aseguradoras, circunstancia que imposibilita su devolución, sin menoscabar el patrimonio de la AFP.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no es procedente la orden impuesta por devolución de gastos de administración y comisiones, dado que los mismos se descontaron por la administración de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sustento en la Ley 100 de 1993, como contraprestación de los rendimientos generados. Agrega que su remisión a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la citada, toda vez que no hacen parte del capital que financiará la pensión de vejez, y recibirá dichas sumas, pese a que nunca administró la cuenta de la accionante, sin ningún sustento legal para ello. Indica que se están



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desdibujando las consecuencias de la ineficacia, pues se ordena la devolución de tales dineros por considerar que las cosas se retrotraen a su estado anterior, pero a su vez se ordena la remisión de los rendimientos financieros, lo cual le otorga total validez a la afiliación de la demandante al RAIS. Aduce que en virtud de las restituciones mutuas previstas en el artículo 1746 del C.C. aunque se declare una ineficacia, no es dable desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejores, por lo que la AFP tiene derecho a conservar la comisión que fue descontada. Concluye señalando que el 3% descontado por los conceptos en referencia, también se destina al pago del seguro previsional que se gira a la aseguradora para garantizar al afiliado la protección frente a los riesgos de invalidez y muerte, la cual representa un tercero de buena que no tiene nada que ver en el acto o contrato; sumando a ello que tales rubros pueden verse afectados por el fenómeno de la prescripción, toda vez que se descuentan de manera periódica y no financian la pensión de vejez.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que la activa no aportó pruebas suficientes que acrediten la falta en el deber de información por parte de la administradora de fondos de pensiones, pues por el contrario, lo que se evidencia es que la señora Gómez Guerrero no se preocupó por su situación pensional, en tanto conforme a manifestación efectuada en su interrogatorio de parte, se limitó a suscribir el formulario de afiliación que le fue entregado por la secretaria de su empleador, a más que le motivó lo aducido por los medios de comunicación en cuanto a que el ISS se iba a liquidar, no asistiendo a las charlas ofrecidas por la AFP Porvenir. Añade que resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba en la AFP Porvenir, dado que el traslado tuvo lugar hace más de dos décadas, por lo que resulta imposible probar las circunstancias que rodearon tal acto, máxime que para la época no era obligatorio dejar un registro documental distinto al formulario de afiliación. Refiere que si bien el precedente de la Corte Suprema de Justicia destaca como norma aplicable el Decreto 663 de 1993, la misma solo fue desarrollada a través de la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, concluyéndose entonces que entre 1993 y estas últimas anualidades la legislación únicamente establecía el formulario como prueba de la plena intención de pertenecer al RAIS. Solicita que se condicione el cumplimiento por parte de Colpensiones de la condena impuesta por el *a quo*, a la efectiva devolución o reintegro de los aportes y demás sumas debidamente indexadas, por parte de las AFP vinculadas al juicio, e igualmente se le absuelva de la condena en costas, en tanto no hizo parte del acto jurídico de traslado, cuya ineficacia le está causando un daño injustificado, pese a tener la calidad de tercero.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal indica que debe confirmarse el fallo de primera instancia, como quiera que la demandada AFP PORVENIR S.A. al momento del acto de traslado de régimen pensional y durante la vinculación de la demandante a esa administradora, de ninguna manera cumplió con el criterio decisonal en esta temática avalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, 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. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año de 1997, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 2001.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis 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. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 49 a 51 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 SANDRA GÓMEZ GUERRERO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR, 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 25 archivo 01), historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fls. 26 a 33 archivo 01, 53 a 87 y 92 a 99 archivo 09), formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 34 archivo 01 y fl. 44 archivo 09), derechos de petición elevados antes las demandadas y sus respuestas (fls. 35 a 41, 44 a 47, 49 a 51 y 88 a 91 archivo 09), formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fls 42 a 43 archivo 01 y fls. 45 a 50 archivo 09), formulario de afiliación a la AFP Santander hoy Protección (fl. 48 archivo 01 y 33 archivo 10), expediente administrativo allegado por Colpensiones (fls. 66 a 148 archivo 08), certificación emanada de la AFP Porvenir (fl. 51 archivo 09), historia laboral válida para bono pensional (fls. 106 a 111 archivo 09), comunicados de prensa (fls. 112 a 121 archivo 09 y 41 a 50 archivo 10), constancia de traslado de aportes AFP Protección (fl. 36 archivo 10), estado de cuenta emanado de la AFP Protección (fls. 37 a 40 archivo 10), e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y las representantes legales de las AFP Porvenir y Protección S.A. (Archivo 18 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de



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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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 Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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



20202000312 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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



20202000312 01

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 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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



20202000312 01

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.



20202000312 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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 vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde 1º de agosto de 1979 hasta el 30 de junio de 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 66 archivo 08 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1º de agosto de 1997, conforme se advierte del formulario de afiliación (fl. 34 archivo 01 del expediente digital); posteriormente, el 10 de noviembre de 1999, se afilió a la AFP Porvenir S.A. (fl. 42 archivo 01 del expediente digital), para luego, trasladarse a la AFP Santander hoy Protección el 10 de abril de 2002 (fl. 48 archivo 01 del expediente digital); finalmente, regresó a la AFP Porvenir S.A. el 26 de mayo de 2003 (fl. 43 archivo 01 del expediente digital) fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación militante a folio 51 archivo 09 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 34 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que se trasladó a Horizonte porque por los medios de comunicación supo que el ISS se encontraba en crisis, y porque la secretaria de la universidad para la cual trabajaba, le extendió el formulario de afiliación, indicándole que era lo mejor para todos, pues se podía pensionar con un monto mayor y más joven que en el RPM, a lo cual accedió firmando el documento, sin efectuar una lectura previa. Que nunca fue a las charlas realizadas por los fondos de pensiones y no recibió asesoría de los mismos. Que se trasladó a Porvenir porque le dijeron que Horizonte había desaparecido y que ella nunca suscribió un formulario de afiliación a Santander hoy Protección, acotando que se enteró de esa vinculación en días recientes (Archivo 01 carpeta 07 Cd. a folio 288).

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 su profesión u oficio, ora 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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de las administradoras de fondos de pensiones, quienes lograron rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 las AFP apelantes, 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 las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración surge 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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Se aclara que, 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, no siendo dable su adición en los términos propuestos por la citada, pues resulta lógico concluir que esta solo puede dar cumplimiento al fallo, específicamente actualizar la historia laboral de la actora, hasta tanto reciba los emolumentos que le trasladen las administradoras de fondos de pensiones llamadas a la acción.

COSTAS

La demandada Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado no impuso ninguna condena en costas a cargo de Colpensiones, por manera que no es procedente hacer ninguna revocatoria o modificación sobre este punto; no obstante dado que en esta instancia no prospera el recurso de alzada propuesta por la citada, sí debe disponerse dicho rubro a su cargo, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.



Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Protección y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

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 30 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **SANDRA GÓMEZ GUERRERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se conforma la condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SANDRA GÓMEZ GUERRERO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. 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 treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Cindy Julieth Villa Navarro**, identificada con cedula

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de ciudadanía No. 1.129.580.577 de Barranquilla y tarjeta profesional 219.992 del C.S. de la J., para que actúe en representación Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Angélica María Cure Muñoz**, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.140.887.921 de Barranquilla y tarjeta profesional 369.821 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,

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **SANDRA GÓMEZ GUERRERO** a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., en el mes de agosto de 1997, por omisión en el deber de información; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a tramitar en un plazo máximo de 15 días, su regreso automático al RPM; condenar a la AFP Porvenir S.A. a tramitar el traslado de los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio 20 a 21 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 12 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 25 de octubre de 1968, motivo por el cual cuenta con 61 años, además, al 1° de abril de 1994, ya había superado la edad de 35 años; que cotizó al otrora ISS desde el 1° de marzo de 1979 y que el 1° de agosto de 1997, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., para lo cual solo le fue informado por el asesor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la citada que su pensión sería más favorable y podría ser adquirida antes de los 55 años. Refiere que nunca se le informaron las desventajas de su decisión, ni característica alguna del nuevo régimen pensional, pues la charla dada fue muy breve, ya que duró aproximadamente de 10 a 15 minutos; tampoco se le mencionó la pérdida del régimen de transición, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, la fecha de redención del bono pensional y el capital que requería para financiar una pensión equivalente al 110% del salario mínimo. Aduce que no recibió asesoría completa y veraz al momento de efectuar su traslado de régimen pensional, omitiéndose informar todas las consecuencias, y en particular, el perjuicio económico que le implicaría pertenecer al RAIS. Indica que el 10 de noviembre de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir, además, el 10 de abril de 2002, se vinculó a la AFP Santander hoy Protección, y finalmente, el 26 de mayo de 2003, retornó a la AFP Porvenir. Que las AFP convocadas le indicaron no tener soporte alguno de la asesoría brindada al momento de efectuarse el traslado y que elevó reclamación administrativa a Colpensiones, sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a la pretensión tendiente a obtener la declaratoria o ineficacia del traslado de régimen pensional, al considerar en esencia que, la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, esto se evidencia en el aparte del formulario, voluntad de selección y afiliación suscrito por ella. Resalta que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el decreto 692 de 1994 art. 11 y ss. Añade que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, conforme a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento, pues se ha caracterizado siempre por capacitar a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, y sobre todo profesional respecto al Régimen de Ahorro Individual y sus efectos. **Excepciones:** Formuló como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica (fls. 1 a 21 archivo 10 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, no obra prueba que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la activa; al contrario se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls. 3 a 43 archivo 08 del expediente digital).

Por su parte, 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, el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí, es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el mismo es nulo. **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. 3 a 43 archivo 09 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de noviembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS con fecha de efectividad 1º de octubre de 1997, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante-aportes pensionales, cotizaciones-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la activa, para lo cual se concede el término de un (1) mes; **condenar** a la AFP Protección S.A. a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, con cargo sus propios recursos y utilidades, así como lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado, para lo cual concede el término de un (1) mes; **condenar** a Colpensiones activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A., **sin costas** para Protección y Colpensiones (Archivo de audio 18 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de 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 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 **SOCIEDAD 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 si bien ha dado lugar a un precedente jurisprudencial sobre la materia, también ha indicado que en cada caso se deben analizar las particularidades de cada afiliado, lo cual debe hacerse extensivo al *examine*, como quiera que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

configuran causales suficientes para declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado. Acota que este negocio jurídico realizado el año 1997, tuvo lugar con la debida asesoría de la demandante, pues el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que ha venido incrementándose a lo largo del tiempo, anotando que a la época del traslado no se exigía la información en los términos reclamados en el escrito de demanda, máxime que al mismo se le dio mayor alcance por parte de la Corte Suprema de Justicia solo hasta el año 2008. Indica que la activa ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, de manea libre, voluntaria y sin ningún tipo de coerción, además, durante su permanencia al RAIS ha ejercido diferentes actos de relacionamiento que denotan una voluntad de permanencia al mismo. Concluye que no es procedente la condena por gastos de administración y sumas de la aseguradora, toda vez que resulta contradictorio retronar estos dineros junto con los rendimientos financieros, cuando las consecuencias de la ineficacia implican considerar que el acto pierde todo efecto, a más que la deducción de las sumas en mención se encuentra amprada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para entre otras cosas, garantizar los seguros de invalidez y sobrevivencia, cuyas primas ya fueron trasladadas a las aseguradoras, circunstancia que imposibilita su devolución, sin menoscabar el patrimonio de la AFP.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no es procedente la orden impuesta por devolución de gastos de administración y comisiones, dado que los mismos se descontaron por la administración de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sustento en la Ley 100 de 1993, como contraprestación de los rendimientos generados. Agrega que su remisión a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la citada, toda vez que no hacen parte del capital que financiará la pensión de vejez, y recibirá dichas sumas, pese a que nunca administró la cuenta de la accionante, sin ningún sustento legal para ello. Indica que se están



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

desdibujando las consecuencias de la ineficacia, pues se ordena la devolución de tales dineros por considerar que las cosas se retrotraen a su estado anterior, pero a su vez se ordena la remisión de los rendimientos financieros, lo cual le otorga total validez a la afiliación de la demandante al RAIS. Aduce que en virtud de las restituciones mutuas previstas en el artículo 1746 del C.C. aunque se declare una ineficacia, no es dable desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejores, por lo que la AFP tiene derecho a conservar la comisión que fue descontada. Concluye señalando que el 3% descontado por los conceptos en referencia, también se destina al pago del seguro previsional que se gira a la aseguradora para garantizar al afiliado la protección frente a los riesgos de invalidez y muerte, la cual representa un tercero de buena que no tiene nada que ver en el acto o contrato; sumando a ello que tales rubros pueden verse afectados por el fenómeno de la prescripción, toda vez que se descuentan de manera periódica y no financian la pensión de vejez.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que la activa no aportó pruebas suficientes que acrediten la falta en el deber de información por parte de la administradora de fondos de pensiones, pues por el contrario, lo que se evidencia es que la señora Gómez Guerrero no se preocupó por su situación pensional, en tanto conforme a manifestación efectuada en su interrogatorio de parte, se limitó a suscribir el formulario de afiliación que le fue entregado por la secretaria de su empleador, a más que le motivó lo aducido por los medios de comunicación en cuanto a que el ISS se iba a liquidar, no asistiendo a las charlas ofrecidas por la AFP Porvenir. Añade que resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba en la AFP Porvenir, dado que el traslado tuvo lugar hace más de dos décadas, por lo que resulta imposible probar las circunstancias que rodearon tal acto, máxime que para la época no era obligatorio dejar un registro documental distinto al formulario de afiliación. Refiere que si bien el precedente de la Corte Suprema de Justicia destaca como norma aplicable el Decreto 663 de 1993, la misma solo fue desarrollada a través de la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, concluyéndose entonces que entre 1993 y estas últimas anualidades la legislación únicamente establecía el formulario como prueba de la plena intención de pertenecer al RAIS. Solicita que se condicione el cumplimiento por parte de Colpensiones de la condena impuesta por el *a quo*, a la efectiva devolución o reintegro de los aportes y demás sumas debidamente indexadas, por parte de las AFP vinculadas al juicio, e igualmente se le absuelva de la condena en costas, en tanto no hizo parte del acto jurídico de traslado, cuya ineficacia le está causando un daño injustificado, pese a tener la calidad de tercero.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal indica que debe confirmarse el fallo de primera instancia, como quiera que la demandada AFP PORVENIR S.A. al momento del acto de traslado de régimen pensional y durante la vinculación de la demandante a esa administradora, de ninguna manera cumplió con el criterio decisonal en esta temática avalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto que la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, 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. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año de 1997, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 2001.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis 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. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 49 a 51 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 SANDRA GÓMEZ GUERRERO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 25 archivo 01), historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fls. 26 a 33 archivo 01, 53 a 87 y 92 a 99 archivo 09), formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 34 archivo 01 y fl. 44 archivo 09), derechos de petición elevados antes las demandadas y sus respuestas (fls. 35 a 41, 44 a 47, 49 a 51 y 88 a 91 archivo 09), formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fls 42 a 43 archivo 01 y fls. 45 a 50 archivo 09), formulario de afiliación a la AFP Santander hoy Protección (fl. 48 archivo 01 y 33 archivo 10), expediente administrativo allegado por Colpensiones (fls. 66 a 148 archivo 08), certificación emanada de la AFP Porvenir (fl. 51 archivo 09), historia laboral válida para bono pensional (fls. 106 a 111 archivo 09), comunicados de prensa (fls. 112 a 121 archivo 09 y 41 a 50 archivo 10), constancia de traslado de aportes AFP Protección (fl. 36 archivo 10), estado de cuenta emanado de la AFP Protección (fls. 37 a 40 archivo 10), e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y las representantes legales de las AFP Porvenir y Protección S.A. (Archivo 18 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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 Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.**

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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



20202000312 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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.



20202000312 01

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 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202000312 01

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



20202000312 01

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.



20202000312 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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 vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde 1º de agosto de 1979 hasta el 30 de junio de 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 66 archivo 08 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 1º de agosto de 1997, conforme se advierte del formulario de afiliación (fl. 34 archivo 01 del expediente digital); posteriormente, el 10 de noviembre de 1999, se afilió a la AFP Porvenir S.A. (fl. 42 archivo 01 del expediente digital), para luego, trasladarse a la AFP Santander hoy Protección el 10 de abril de 2002 (fl. 48 archivo 01 del expediente digital); finalmente, regresó a la AFP Porvenir S.A. el 26 de mayo de 2003 (fl. 43 archivo 01 del expediente digital) fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación militante a folio 51 archivo 09 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 34 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que se trasladó a Horizonte porque por los medios de comunicación supo que el ISS se encontraba en crisis, y porque la secretaria de la universidad para la cual trabajaba, le extendió el formulario de afiliación, indicándole que era lo mejor para todos, pues se podía pensionar con un monto mayor y más joven que en el RPM, a lo cual accedió firmando el documento, sin efectuar una lectura previa. Que nunca fue a las charlas realizadas por los fondos de pensiones y no recibió asesoría de los mismos. Que se trasladó a Porvenir porque le dijeron que Horizonte había desaparecido y que ella nunca suscribió un formulario de afiliación a Santander hoy Protección, acotando que se enteró de esa vinculación en días recientes (Archivo 01 carpeta 07 Cd. a folio 288).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de las administradoras de fondos de pensiones, quienes lograron rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 las AFP apelantes, 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 las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración surge 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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Se aclara que, 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, no siendo dable su adición en los términos propuestos por la citada, pues resulta lógico concluir que esta solo puede dar cumplimiento al fallo, específicamente actualizar la historia laboral de la actora, hasta tanto reciba los emolumentos que le trasladen las administradoras de fondos de pensiones llamadas a la acción.

COSTAS

La demandada Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado no impuso ninguna condena en costas a cargo de Colpensiones, por manera que no es procedente hacer ninguna revocatoria o modificación sobre este punto; no obstante dado que en esta instancia no prospera el recurso de alzada propuesta por la citada, sí debe disponerse dicho rubro a su cargo, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas.



Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Protección y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

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 30 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **SANDRA GÓMEZ GUERRERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se conforma la condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JAIME ORLANDO BUENO DELGADILLO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JAIME ORLANDO BUENO DELGADILLO** a través de apoderada judicial, solicita se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Protección S.A. por omisión en el deber de información, así como que nunca se trasladó al sistema privado, encontrándose afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes provenientes de la AFP; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 7 a 8 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 7 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que inició sus aportes a pensión en el RPM, cotizando un total de 747,14 semanas. Refiere que el 4 de diciembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección, motivado por lo que le indicó el respectivo asesor en cuanto a que el otrora ISS sería liquidado, por lo que debía afiliarse a una administradora de fondos de pensiones, en aras de asegurar las semanas que ya había cotizado y obtener una pensión en mejores condiciones; sin embargo, no le explicó de manera clara y comparada cuáles son las diferencias entre el RPM y el RAIS, ni las ventajas o desventajas de uno u otro régimen pensional; tampoco desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES. Que no se le informó la posibilidad que tenía de regresar al RPM antes del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cumplimiento de los 52 años. Que de acuerdo a comunicado emitido por la AFP Protección S.A., el valor de su pensión en el RAIS resultaría claramente inferior a la cuantía que sería definida en el RMP. Aduce que solicitó ante las demandadas la ineficacia de su traslado y la activación de su afiliación al RPM, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, acotando que conforme al formulario de vinculación que suscribió el señor Jaime Orlando Bueno Delgadillo, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Añade que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente. Refiere que tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga ineficaz y/o nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los Decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (fls. 3 a 23 archivo 02 Cd. folio 46).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; al contrario se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual reza. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls. 3 a 43 archivo 10 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 6 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS el 4 de diciembre de 1995, por intermedio de la AFP Protección S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante-aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, para lo cual se concede el término de 1 mes; **condenar** a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a la AFP Protección S.A. (Archivo de audio 10 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de 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 haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no se verifica a partir del formulario de afiliación; aspecto éste, que abre paso a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no es procedente la orden impuesta por devolución de gastos de administración, dado que los mismos se efectúan conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 7°, como contraprestación de la buena administración de los recursos del demandante que reportaron excelentes rendimientos financieros, según se puede observar en el certificado de cuenta que obra en el expediente. Agrega que se trata de dineros ya causados durante la administración de los recursos del fondo de pensiones, es decir, que se trata de prestaciones acaecidas como fue puesto de presente por la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado 31.989 de septiembre de 2008 Magistrado Ponente Eduardo López Villegas. Indica que sobre el cobro del 3% destinado a cubrir los gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que impone la ley, a más que no financia directamente la prestación económica por vejez.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria de conformidad, con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal b). Aduce que resulta desproporcionada la posición del *a quo* respecto de la carga de la prueba, máxime que es Colpensiones la parte más afectada con la decisión, desde el punto de vista de la sostenibilidad del Sistema Pensional, pues han transcurrido 26 años desde la fecha en que se efectuó el traslado, siendo claro que resulta imposible demostrar las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

circunstancias en que este tuvo lugar, a más que no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Añade que el deber de información solo se materializó a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, acotando que los fondos privados solo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para demostrar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, dado que las leyes que surgieron entre los años 1993 y 2014 no exigían nada distinto al mentado formulario. Señala que se debe analizar si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición, o si por el contrario, lo que busca el afiliado con la presente demanda es retornar al RPM pese a que le está prohibido, por la simple circunstancia de encontrarse en desacuerdo con el valor de su mesada pensional, como forma de obtener un beneficio indebido en desconocimiento de las normas que regulan de manera clara las oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, escenario que no es el objeto de protección ni el alcance de las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, porque con ello se socaban los principios sobre los cuales se erige el Sistema de Pensiones, como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional. Manifiesta que el actor no puede pretender que después de 26 años de afiliación al RAIS, el RPM le sea solidario y lo beneficie con aportes que no ha efectuado, dado que ello pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al RPM. Concluye indicando que el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones debe condicionarse a la devolución efectiva de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante debidamente indexadas, además, no se debe condenar en costas a Colpensiones, por tratarse de un tercero ajeno al acto que se declara ineficaz.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo de primera grado, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo que tuvo a su cargo el traslado de régimen pensional del demandante no logró acreditar lo que con tanta vehemencia afirmó en la contestación de la demanda; es decir, no aportó ningún medio probatorio que sirviera de fundamento para su afirmación de haber dado un debido cumplimiento al deber de información frente al accionante durante la etapa precontractual.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, 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. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo efectivo para el año de 1995, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de 1999.

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



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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 130 a 131 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 JAIME ORLANDO BUENO DELGADILLO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

De resultar afirmativa la anterior premisa, habrá de establecerse si es procedente la condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones.

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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 22 archivo 01), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 82 a 86 archivo 01), historia laboral emanada de la AFP Protección (fls. 87 a 101 y 106 a 121 archivo 01), derechos de petición elevados ante la AFP Protección y Colpensiones con sus respuestas (fls. 102 a 105, 123 a 137, 140 a 142, 151 a 152 archivo 01), formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección (fls. 106, 139 archivo 01), simulación pensional (fl. 122 archivo 01), historial de afiliación SIAFP ASOFONDOS (fl. 138 archivo 01), expediente pensional del demandante allegado por la AFP Protección (fls. 24 a 109 archivo 10), expediente administrativo allegado por Colpensiones (fls. 45 a 369 archivo 09), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 19 del expediente digital).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Ren 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



21202100076 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202100076 01

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



21202100076 01

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



21202100076 01

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202100076 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202100076 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

21202100076 01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de



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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 1° de marzo de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones allegada con la contestación de la demanda (fls. 45 a 49 archivo 09 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección el 4 de diciembre de 1995, conforme se advierte del formulario de afiliación (fl. 24 archivo 10 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colmena hoy Protección, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación ((fl. 24 archivo 10 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que fue visitado por un promotor de Colmena en la empresa en que trabajaba para la época del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

traslado, acotando que se le advirtió sobre el peligro que implicaba la afiliación al ISS, dado que su continuidad estaba en duda, corriendo en riesgo sus cotizaciones y su futuro pensional. Agrega que no le hablaron de la cuenta de ahorro individual, ni sobre la pensión anticipada o cómo se podría pensionar en Colmena y solo le refirieron que sus cotizaciones realizadas al ISS serían trasladadas a Colmena (Archivo 19 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Colmena hoy Protección que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora 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 Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Protección S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de la administradora de fondos de pensiones, quien logró rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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 los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas, debidamente indexados, como lo definió el *a quo*, por lo que sobre este aspecto no habrá de hacerse ninguna modificación, contrario a lo referido por Colpensiones.

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

COSTAS

La demandada Colpensiones, en la alzada manifiesta inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de condena en costas por el *A quo*, no



obstante, ha de indicarse que la sentenciadora de primera instancia se abstuvo de imponer condena a cargo de la citada, dado que solo impartió tal concepto contra la AFP Protección.

Motivo por el cual se confirma la decisión en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Protección S.A., dado el resultado de la alzada.

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

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 6 diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JAIME ORLANDO BUENO DELGADILLO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se conforma la condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Protección S.A., dado el resultado de la alzada.



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

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DILIA MARITZA PÉREZ URRUTIA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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 a Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y portadora de la T. P. No. 221.228 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, conforme al poder de allegado 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 DILIA MARITZA PÉREZ URRUTIA, solicita se declare que Porvenir S.A., omitió suministrar la información idónea al momento de realizar la afiliación y traslado al RAIS el 7° de marzo de 1995; se declare la ineficacia del traslado; que la afiliada nunca se trasladó del Régimen de Prima Media y por tanto, válidamente afiliada a Colpensiones; que Porvenir debe realizar el traslado inmediato de los dineros, rendimientos y gastos de administración depositados por la demandante en el RAIS por la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, reclama se ordene a Colpensiones admitir a la demandante como afiliada en el RPM, se condene a Porvenir a trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración causados a favor de la demandante; se condene a Skandia y a Protección a trasladar a Colpensiones los dineros percibidos por conceptos de gastos de administración a favor de la actora; al pago de los derechos ultra y extra petita; al pago de las costas y agencias en derecho.



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 8 del archivo 02 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 13 de agosto de 1967; que estuvo vinculada al RPM desde el 15 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1995; que se trasladó a Porvenir el 1° de abril de 1995; que no se asesoró en debida forma a la demandante con el fin de que esta tomara una decisión informada; que el 8 de agosto de 2002 se trasladó a Protección S.A. y se mantuvo afiliada hasta el 31 de julio de 2003; que suscribió formulario de afiliación a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en junio de 2003 hasta el 31 de agosto de 2010; que se traslada a Porvenir S.A. en septiembre de 2010 y se mantiene afiliada a dicho fondo hasta el 31 de octubre de 2012; que diligenció formulario de afiliación a Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías en noviembre de 2012 y se traslada en diciembre de 2013 nuevamente a Porvenir; que durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS no recibió asesoría o capacitación con el fin de comprender dicho régimen pensional; que en el año 2018 se acercó a Porvenir para que le hicieran proyección de su mesada pensional y allí advirtió el error cometido al trasladarse de régimen; el 12 de junio de 2020 radicó derecho de petición a Protección, Old Mutual Skandia, Pensiones y Cesantías y Porvenir; que el 3 de junio de 2020 radicó solicitud de afiliación ante Colpensiones y esta fue resuelta en forma desfavorable el 4 del mismo mes y año; recibió respuesta de los fondos privados el 7, 25 y 27 de julio de la calenda en cuestión; que el monto de la pensión resultaría insuficiente para atender las necesidades básicas de la demandante.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado es válido, al haberse brindado la información pertinente y necesaria para adoptar



tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 012 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, dentro de las pruebas se puede acreditar que a la afiliada se le brindó asesoría verbal y se ha trasladado en forma horizontal entre fondos de pensiones. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos (archivo 012 del expediente digital).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que las pretensiones incoadas iban dirigidas contra una entidad diferente a esta y que tampoco era viable se condenara a Skandia dado que, el traslado efectuado se había realizado con los parámetros legales. Como medios exceptivos propuso los de, buena fe, genérica, prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y pago (archivo 017 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, informó que se oponía a las pretensiones dirigidas en su contra, al estimar que el traslado era válido y emanaba de la voluntad de la afiliada. Las excepciones de mérito propuestas fueron, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la



afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (Archivo 019 del expediente digital).

Con auto del 3 de junio de 2021, el juzgado de conocimiento aceptó el llamamiento en garantía solicitado por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (Archivo 020 del expediente digital).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al no cumplirse con los presupuestos legales y contractuales para que exista afectación en las pólizas contratadas al avizorarse una ausencia de cobertura frente a los pedimentos. Como excepciones de mérito propuso las de, el juez laboral no es competente para dirimir las controversias relacionadas con las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por Skandia S.A. antes Old Mutual; no existe nulidad y/o ineficacia frente al traslado de régimen; la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen está en cabeza de la AFP Porvenir y no en cabeza de Skandia S.A; ausencia de cobertura del seguro previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. frente a la pretensión de la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y demás pretensiones que se llegaren a derivar consecuencia de la nulidad y/o ineficacia del traslado como “*traslado inmediato de los dineros, aportes y rendimientos*”, “*gastos de administración*”, “*indexación*”, “*costas y agencias en derecho*”; improcedencia que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. hasta “*devolución de primas pagadas y de pagos por concepto de seguro previsional*” pretendidos por la AFP Skandia S.A., no hay lugar a ello; inexistencia de obligación – cobro de lo no debido frente a mi representada Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.;



prescripción de la acción de rescisión o nulidad frente al traslado de régimen; prescripción, compensación y nulidad relativa; genérica, buena fe de la entidad (Archivo 023 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado en julio de 1995; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos, sin realizar ningún descuento por concepto de administración; **condenó** a Protección y Skandia a transferir a Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de la demandante; **condenó** a Colpensiones a aceptar el traslado y contabilización de semanas cotizadas a la demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **absolvió** a Mapfre de todas las peticiones incoadas; **condenó** en costas a Porvenir; **condenó** a Skandia a pagar costas a favor de la llamada en garantía.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Ahora descendiendo al caso bajo estudio tenemos que la demandante se trasladó del seguro social a Porvenir en el mes de julio de 1995 tal y como da cuenta la documental aportada en el cual se plasma efectivamente que la demandante suscribió el formulario de afiliación, de dicho formulario afiliación así como los demás formularios de afiliación allegados al plenario que dan cuenta que la demandante luego de Porvenir estuvo afiliada a Protección a Skandia y regresó a Porvenir, no se desprende pues ningún tipo de información brinda a la demandante toda vez que los formatos preimpresos no pueden tenerse como una asesoría en forma adecuada al posible afiliado, razón por la cual pues se deben acudir a las demás pruebas en este caso pues en el interrogatorio de parte de la demandante que manifiesta que se trasladó al fondo de pensiones Porvenir en 1995 en la cual pues no le informaron que su pensión dependía del monto ahorrado, que no le indicaron o no le explicaron para qué eran los beneficiarios, no le hablaron de aportes voluntarios, no le hablaron que se descontaría suma alguna por concepto para el pago de seguros, ni ninguna otra característica del régimen de ahorro individual, si bien es cierto cuando se trasladó a otros fondos indica



que lo realizó porque le informaron que tendría mejores rendimientos, pero eso no significa en modo alguno que la demandante tuviera conocimientos que esos rendimientos influirían en su mesada pensional, tan es así que tampoco le hablaron de pensión de garantía mínima, tampoco le hablaron que necesita un capital mínimo para acceder a un beneficio pensional, ni ninguna de las otras características las cuáles deben ser explicadas en forma clara, oportuna y total y no solamente enunciarlas, sino que dichas características deben ser debidamente explicadas para que el posible afiliado tenga conocimiento de lo que está suscribiendo y que sea trata de un cambio de régimen que podría afectar su mesada pensional lo cual no acontece el caso bajo estudio....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Porvenir**, interpone recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia, al estimar que la entidad acreditó haber suministrado la información necesaria para que la actora se trasladara de fondo; que tampoco se tuvo en cuenta que el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria, registrándose la información en el formulario de afiliación, el cual es totalmente válido; que se garantizó el derecho de retracto con la publicación realizada en diario de amplia circulación; que tampoco es viable la devolución de gastos de administración, dado que estos conceptos no forman parte integral de la pensión y por ello, también es susceptible declarar la prescripción frente a estos conceptos; que se debe ordenar la restitución de frutos a la demandante, de lo contrario, se generaría un enriquecimiento sin causa.

La apoderada de **Protección S.A.**, interpone recurso de apelación frente al numeral 3 de la sentencia, al considerar que, no es posible ordenar la devolución de comisión de administración, ya que el descuento de estos conceptos, se encuentran reglados en la Ley y dichos conceptos fueron pagados y causados.



A su turno **Skandia**, interpone recurso de apelación frente al numeral 3, 6 y 7, fundando su argumento en que, la entidad no debe trasladar los gastos de administración, al no tener dicho fondo en su poder dichos emolumentos, al encontrarse estos en manos de la entidad aseguradora; que la entidad trasladó en 2013 los aportes de la demandante a Porvenir; que frente a los gastos de administración operó el fenómeno de la prescripción; que en caso de mantenerse la condena frente a la devolución de gastos, quien debe asumir el pago de este emolumento es Mapfre como garante y no la entidad, por lo que, la llamada a responder es la compañía aseguradora; en lo tocante a la condena en costas, considera que, estas no se debieron imponer.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia, arguyendo para tal efecto que, si bien la demandante se trasladó a Porvenir en 1995 y allí contó con asesoramiento para adoptar tal determinación; que la actora hizo siete traslados horizontales, demostrando con esto, su intención de mantenerse en el RAIS; que se cumplieron los requisitos legales para la época del traslado; que del interrogatorio de parte se podía colegir que, conocía ciertas características del RPM y del RAIS; que la afiliada no fue engañada.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La demandada, **Colpensiones**, pide se revoque la sentencia objeto de reproche, arguyendo para tal efecto que, el traslado efectuado por la demandante es válido, al encontrarse acreditado que este fue realizado en forma libre y voluntaria; que tampoco se avizoran vicios del



consentimiento que generen la ineficacia del trámite y se suministró la información idónea para adoptar la decisión de trasladarse de régimen.

A su turno, el apoderado de **Porvenir**, reclama la revocatoria de la sentencia, al considerar que, no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento con el cambio de régimen y por tanto el traslado es válido; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume auténtico y el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria; que la actora fue negligente al no preocuparse por indagar respecto a aspectos relevantes de su afiliación; que no es viable ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto configura un enriquecimiento sin causa.

La demandada, **Protección S.A.**, arguye que no es procedente la devolución de la comisión por administración, al ser descuentos autorizados por la Ley; que la entidad realizó las gestiones idóneas para que se generaran rendimientos en la cuenta de la afiliada; en lo atinente a la prima de seguros previsionales, estas fueron pagadas a un tercero en forma mensual; que, en caso de confirmarse la sentencia, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra la entidad; que se debe hacer estudio de la prescripción frente a los aludidos conceptos.

La apoderada de **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, solicita se confirme la sentencia, en lo tocante a la absolució impartida a dicha entidad, ya que las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía son improcedentes y no gozan de cobertura por el seguro previsional.

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, el 3 de junio de 2020, conforme se desprende la documental vista a folio 13 (archivo 03 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con el recurso incoado por los apoderados de la 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 nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Dilia Maritza Pérez Urrutia, al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

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 la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 1, 6 archivo 03; fl. 76 archivo 012; fl. 38 archivo 017); copia de formularios de afiliación suscritos ante Porvenir, Skandia (fl. 2 a 5, archivo 03; fl. 73 a 75 archivo 012; fl. 36, 42 archivo 017; fl. 29, 38 archivo 019); derechos de petición incoados por la demandante (fl. 9 a 35, 53 a 60 del archivo 03); respuesta de Skandia, Porvenir, Protección a solicitudes (fl. 36 a 43 archivo 03; fl. 56 archivo 017; fl. 30, 35, 39 archivo 019); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 44 archivo 03 y fl. 77 archivo 012); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 68 archivo 012); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 72 archivo 012); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 88 archivo 012); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 99 archivo 012); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 111 archivo 012; fl. 41, 44 archivo 017; fl. 27 archivo 019); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 23 archivo 014); pólizas de seguro



previsional de invalidez y sobrevivencia (fl. 35, archivo 017; fl. 33 a 52 archivo 023); historia laboral para el proceso de reclamación del bono pensional (fl. 39 archivo 017); estado de cuenta Skandia Fondos de Pensiones obligatorias (fl. 47 archivo 017); certificado de afiliación por Skandia (fl. 59 archivo 017); constancia de traslado de aportes (fl. 23, 31 archivo 019); reporte de estado de cuentas emitido por Protección (fl. 32 archivo 019).

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.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 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 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 vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 15° de febrero de 1989 al 30 de abril de 1995, tal como se advierte de la historia laboral allegada por la demandada Colpensiones al momento de contestar el libelo introductor, para luego afiliarse a Porvenir el 7 de marzo de 1995 (fl. 2 archivo 3), de allí trasladarse a Protección el 8 de agosto de 2002 (fl. 38 archivo 19); a su turno, hacer el movimiento a Skandia el 18 de junio de 2003 (fl. 5 archivo 3); de allí retornar a Porvenir el 23 de julio de 2010 (fl. 3 archivo 3); migrando a Skandia el 27 de septiembre de 2012 (fl. 7 archivo 3) y finalmente trasladarse a Porvenir el 8 de octubre de 2013 (fl. 4 archivo 3), 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 (fl. 2 del archivo 03 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que el asesor le informó que había un nuevo sistema pensional y que era mucho más beneficiosos para las pensiones, argumentándosele en la oportunidad, que las situaciones beneficiosas consistían en, que el Seguro Social se iba a acabar, porque tenía muchos afiliados y no podría responder a la hora de reconocer las pensiones, por lo que, los fondos ofrecían mejor rentabilidad.

Adicionalmente, que no le fue informado que su pensión dependería de los ahorros que realizara, ni tampoco el por qué diligenciaba el campo de beneficiarios, así como tampoco le plantearon la posibilidad de retractarse de su decisión, ni la posibilidad que tenía de realizar aportes voluntarios, sumando que, para dicha data no tenía claras las condiciones para pensionarse en el RAIS ni en el RPM; omitiéndose



también en lo tocante a la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, ni las modalidades pensionales que tenía Porvenir.

Aunque señala en forma clara que, sí recibía extractos de su producto e informó que solo hasta la fecha de su declaración entendió la información que ellos contenía.

Respecto al cobro para el pago de seguros, gastos de administración manifestó no saber que estos eran descontados; y tampoco recibió llamada o información proveniente de Porvenir avisándole sobre la restricción de retornar al RPM antes de que le faltasen 10 años para adquirir su edad pensional.

Para el año 2002, le informaron que la diferencias entre Porvenir y Protección era la rentabilidad, en el entendido que los dineros aportados iban a tener más intereses, aunque no sabía que estos conceptos iban a una cuenta de ahorro individual, ni que los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales se remitirían por intermedio de un bono pensional. Suscribió el formulario de afiliación a Protección en forma libre, pero en su sentir, la información suministrada no fue completa y clara; realizó el movimiento a Skandia por sugerencia de su empleador, para el año 2003, y que no estuvo asistida o asesorada por ningún delegado de Skandia.

La motivación para retornar a Colpensiones, por cuanto, desde su perspectiva, ahora tiene un entendimiento de la situación pensional, siente que estuvo desinformada durante su vida laboral, al no haber recibida la información idónea.

Agregando que en ningún momento los asesores le hablaron de un capital mínimo para pensionarse, ni la posibilidad de reconocérsele una



pensión de garantía mínima y fue el asesor quién diligenció para el año 1995 el formulario de afiliación.

A su turno, el representante legal de Porvenir informó haber informado a la actora respecto al sistema pensional en Colombia.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como tampoco, de cómo se obtendría el capital necesario para obtener el reconocimiento pensional, el motivo por el cual se debía registrar a los posibles beneficiarios ante cada fondo pensional; ni del derecho de retracto, requisitos que debía cumplir para el reconocimiento pensional, así como tampoco, se le habló de los pagos o aportes que debía realizar por conceptos de seguros, ni la posibilidad de retornar al RPM, previo al cumplimiento de los 47 años de edad, 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 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, 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, dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las entidades de seguridad social a reintegrar tales valores.

Derivación de lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión del A quo, en lo tocante a ordenar la devolución de los gastos de administración por parte de Protección y Skandia, al devenir como consecuencia lógica de la declaración efectuada.

Por otro lado, fue alegado en la alzada, el estudio del fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte



Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.

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

COSTAS.

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, Porvenir, Protección, Skandia, 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **DILIA MARITZA PÉREZ URRUTIA** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y SKANDIA**.

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones, Porvenir, Protección y Skandia 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



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA y a favor de la demandante, DILIA MARITZA PÉREZ URRUTIA en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

26202000291 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **RUBÉN MESA CHAPARRO** CONTRA **ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 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: El señor **RUBÉN MESA CHAPARRO** a través de apoderada judicial, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al igual que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el monto total existente de todo lo ahorrado en su cuenta individual, junto con sus rendimientos; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 78 y 79 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 79 y 80 archivo 01 y 80 a 81 archivo 04 del expediente digital, que desde el inicio de su vida laboral cotizó al otrora ISS; que gestores de la AFP Colfondos promovieron su traslado a dicha AFP, sin bridle información suficiente, el cual se concretó desde el mes de noviembre de 1995. Agrega que dicho acto jurídico tuvo lugar sin proporcionarle las respectivas ilustraciones o informaciones necesarias para el efecto, y tampoco se le brindaron cálculos o proyecciones sobre su futuro pensional, ni se le indicaron las consecuencias que le acarrearía dicha decisión. Concluye indicando que solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado de régimen pensional, sin embargo, la entidad dio respuesta en sentido desfavorable, sin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

26202000291 01

3

ningún estudio exhaustivo, ni consideración que atendiera de fondo, los motivos, situación fáctica o jurídica en que se basa su reclamación.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, el traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento acaecida en el proceso de traslado, debe ser probada en el transcurso del presente trámite judicial, pues solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a Colpensiones la obligación de recibir y activar su afiliación, sin solución de continuidad. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 2 a 12 archivo 14 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, si brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Agrega que también se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados, a fin que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica (fls. 3 a 20 archivo 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de diciembre de 2021, resolvió **declarar** ineficaz el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad; **condenar** a la AFP Colfondos a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **condenar** a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las accionadas y **condenar** en costas a Colfondos S.A. (Archivo 22 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de 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 Colfondos, haya cumplido con el deber legal de informar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

26202000291 01

5

al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que las partes no formularon recurso de apelación contra la determinación de primera instancia, y al resultarle adversa a Colpensiones, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que no es deber del afiliado demostrar la información que omitió suministrarle el profesional para convencerlo de su traslado, pues es claro que esa obligación le corresponde asumirla a la entidad administradora, quien debe percatarse en el momento de asesorar a cada persona interesada en la afiliación, cuál es su situación particular para mostrarle las ventajas y desventajas de aceptar el traslado, junto con los datos correctos o por lo menos con un margen de espera para completarlos, y así suministrarle un buen consejo para evitar darle falsas expectativas, que posteriormente le causen un perjuicio al afiliado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la 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 el 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 el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado 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 el 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*, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

26202000291 01

7

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 cumplimiento, con la solicitud radicada ante Colpensiones el 29 de julio de 2020, tendiente a obtener la nulidad de traslado, militante a folios 95 a 97 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o si esto comporta una afectación a sus derechos.

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

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, derechos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

26202000291 01

8

de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 90 a 100 archivo 01), documento de identificación del accionante (folio 101 archivo 01), reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fls. 102 a 103 archivo 01), resumen de historia laboral emitida por la AFP Colfondos S.A. (fls. 104 a 109 archivo 01), expediente administrativo emanado de Colpensiones (archivo 15 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo 20 del expediente digital), probanzas de las cuales se colige, que el señor RUBÉN MESA CAHAPARRO elevó aportes al otrora ISS desde el 3 de abril de 1978 hasta el 1° de junio de 1994²; para posteriormente trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 12 de julio de 2003, como así se acepta por la encartada en la comunicación obrante a folios 92 a 94 archivo 01 del expediente digital, fondo este último, en el cual se encuentra actualmente vinculado y realizando aportes al subsistema de seguridad social integral en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la ineficacia declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP COLFONDOS S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integra y que atendiera la situación pensional de RUBÉN MESA CAHAPARRO, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenida *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril

² Folio 102 a 103 archivo 01 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, ante la falta de medios de convicción que permitan constatar que previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, no media duda sobre la ineficacia del traslado dispuesta por el *a quo*, cuya consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **RUBÉN MESA CAHAPARRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: 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 **ARMANDO ANTONIO VALERA GALEANO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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: El señor **ARMANDO ANTONIO VALERA GALEANO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la anulación por ineficacia del traslado efectuado del RPM a RAIS a través de Colfondos S.A. Como consecuencia, ordenar su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiere ido del RPM; ordenar a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; condenar a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a seguir pagando la pensión de vejez, en caso de haberla



reconocido, hasta tanto se materialice el traslado de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita* costas y agencias en derecho (fls. 223 a 224).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 219 a 223 de las diligencias, que en síntesis indican que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el 29 de enero de 1980. Que el 6 de diciembre de 1996 se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sin que su asesor le entregara información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, así como las desventajas que le generaría el abandono del RPM. Aduce que tampoco le fueron entregadas proyecciones ni comparativos de lo que sería el monto de la pensión en ambos regímenes pensionales, no se le explicó qué debía hacer para que en el RAIS se pensionare en igualdad de condiciones a los afiliados al otrora ISS, y en general, no se le ilustró sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que únicamente se le manifestó que en el nuevo régimen podría pensionarse anticipadamente, con una mesada de mayor valor que en el RPM gracias a sus rendimientos financieros, y que la inminente desaparición del ISS ponía en riesgos los aportes pensionales efectuados en la citada. Agrega que se trasladó a la AFP Skandia y que como se presenta una diferencia en la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen, solicitó ante todas las demandadas la anulación de su vinculación al RAIS, misma que fue



negada por Colpensiones y Skandia, ya que Colfondos S.A. guardó silencio.

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 demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues no demuestra error, fuerza o dolo al momento del traslado, además, se presume que este fue realizado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y declaratoria de otras excepciones (Fls. 271 a 274).

A su turno, la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, la afiliación del demandante al RAIS se realizó atendiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, pues se le proporcionó toda la información pertinente, para que tomara la decisión consciente de afiliarse. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Fls. 313 a 318).



Por su parte, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, explicándole las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre este y el RPM, las ventajas de desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la genérica (Fls. 329 a 343).

Finalmente, la vinculada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en calidad de litis consorcio necesario formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, no existe razón jurídica o fáctica para acceder a ellas. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 419 a 420).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública



virtual celebrada el 30 de agosto de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 1º de febrero de 1997, y en consecuencia, declarar que el afiliado nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM; **ordenar** a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del convocante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le condene el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; **ordenar** a Colpensiones a recibir de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. todos los valores que hubiere percibido con motivo de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado, así como actualizar su historia laboral; **sin costas** (Cd a folio 416).

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 Colfondos S.A., haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.



RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, solicitando que *«adicione al numeral segundo para que los gastos de administración hagan parte de las devoluciones que el fondo de pensiones privado remita a Colpensiones, esto en atención a las directrices dadas por mi representada, también a las sentencias en algunas de ellas en la Corte Suprema de Justicia en la cual se aduce que al declarar la ineficacia se tiene que el negocio jurídico nunca se ha celebrado jamás y así estos gastos de administración tienen que retornar a Colpensiones para efectos de actualizar la historia laboral del demandante así las cosas le solicito al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral adicione al numeral segundo en el sentido de determinar que los gastos de administración corresponden a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (...).»*.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal solicita la confirmación del fallo proferido en primera instancia, aduciendo para el efecto en el caso que nos ocupa la AFP Colfondos no cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual



con Solidaridad, incumpliendo con la obligación prevista en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y lo dispuesto en el Literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sobre la decisión libre y voluntaria del afiliado al momento del traslado de régimen pensional.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que 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 demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la 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 el 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 el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado 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 lo indujo al



traslado. Refiere que el 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*, 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, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 40 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

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



favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o si esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si las AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. están llamadas a hacer la devolución de los descuentos que efectuaron sobre la cuenta de ahorro individual del demandante, por concepto de gastos de administración y comisiones.

Denotando que, ante la carencia de reparo por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutará consideración al respecto.

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 12 a 15), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 16 a 46, 306 a 312), documento de identificación del accionante (fl. 47), actos administrativos emitidos por la Superintendencia



Financiera de Colombia (fls. 81 a 84 y 87 a 161), comunicados de prensa (fls. 169 a 193), calculo actuarial y hoja de vida actuario (fls. 194 a 217), comunicación emanada de Skandia (fl. 293), historia laboral expedida por Skandia (fls. 294 a 298 y 300 a 302), formulario de afiliación a la AFP Skandia (fl. 299), historia laboral para bono pensional (fls. 303 a 304), formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir, junto con certificación de afiliación y reporte de semanas cotizadas (fls. 422 vuelto a 423), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 457) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd. a folio 416 y 442); probanzas de las cuales se colige, que el señor ARMANDO ANTONIO VALERA GALEANO elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 29 de enero de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1996, tal como se advierte de la historia laboral emanada de Colpensiones obrante en el expediente administrativo (Cd. a folio 457), para luego trasladarse a la AFP Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías, el 6 de diciembre de 1996, de acuerdo al formulario de afiliación (fl. 19); posteriormente, se vinculó a Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., el 26 de agosto de 2005 (fl. 422 vuelto); y por último, se vinculó a OLD Mutual hoy Skandia el 26 de agosto de 2008 (fl. 32); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la ineficacia declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de



demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP COLFONDOS S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de ARMANDO ANTONIO VALERA GALEANO; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenido *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, ante la falta de medios de convicción que permitan constatar que previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, no media duda sobre la ineficacia del traslado dispuesta por el *a quo*, cuya consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única, válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.



Ahora bien, se advierte que Colpensiones peticiona se imponga condena por la devolución atinente a gastos de administración y seguros previsionales al extremo pasivo, como así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

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, le asiste razón a Colpensiones, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

Motivo por el cual, se adicionará la determinación de primer grado, en lo relativo a la devolución de los gastos de administración descontados por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., para disponer su retorno a Colpensiones.

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



COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia no se imponen 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 30 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones descontados durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichas entidades, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.



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

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

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 **MARCO FIDEL TRIANA** contra **GLORIA TRUJILLO DE HODAP Y LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMÁN** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor MARCO FIDEL TRIANA solicita se declare la existencia de un contrato verbal con la señora GLORIA TRUJILLO DE HODAPP y LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMAN entre el 30 de mayo de 2015 y el 30 de julio de 2019; que devengaba el salario mínimo legal mensual vigente; que el cargo desempeñado fue el de celador en un edificio de propiedad de la señora GLORIA TRUJILLO; que no le pagaron auxilio de transporte, primas de servicio, compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas, cesantías, intereses de cesantías, afiliación total e integral al régimen de seguridad social, tampoco le fue suministrada dotación.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene solidariamente a los demandados a pagarle, auxilio de transporte, prima de servicio, compensación de vacaciones, cesantías, intereses de cesantía, indemnización por despido sin justa causa, pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, salud y riesgos profesionales, indemnización de perjuicios por no afiliación al sistema de seguridad social; indemnización contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., y las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 13 a 14 de las diligencias, que en síntesis advierten, que prestó sus servicios como celador en un Edificio propiedad de Gloria Trujillo; que el vínculo laboral se extendió entre el 30 de mayo de 2015 hasta el 30 de julio de 2019, por comunicación extendida por el señor Luis Fernando Pérez Guamán; que recibía órdenes e instrucciones de Luis Fernando Pérez Guzmán; que el salario devengado era el mínimo legal mensual vigente; que durante su vínculo laboral no recibió el pago de auxilio de



transporte, prima de servicios, compensación de vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, no fue afiliado al sistema de seguridad social; que no ha recibido el pago de acreencias laborales.

CONTESTACIÓN: La demandada, **GLORIA TRUJILLO DE HODAPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues si bien es propietaria del edificio, sin embargo, ella realizó un contrato de arrendamiento con el señor Fernando Pérez Guzmán y este era quien impartía órdenes al actor. Como medios **exceptivos**, propuso la genérica e innominada y pago (fl. 83 del archivo 01 del expediente digital).

LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMÁN, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, celebró contrato verbal con el demandante, para que prestara los servicios de celaduría mientras se tenía en arrendamiento el edificio la Carrera 11 No. 80-57 propiedad de la señora Trujillo de Hodapp. Como excepciones propuso la de pago (fl. 89 Archivo 01 y 06 del expediente digital).

El **demandante** a través de apoderado judicial presentó reforma a la demanda. Respecto a las pretensiones y solicitar en ella, la indemnización contemplada en la Ley 7899 de 2002.

Con auto del 8 de junio de 2021 se dio por contestada la demanda inicial y por no contestada la reforma a la misma (Archivo 11 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 5 de octubre



de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre Marco Fidel Triana y Luis Fernando Pérez Guzmán entre el 30 de mayo de 2015 hasta el 30 de julio de 2019; **declaró** probada parcialmente la excepción de pago frente a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, auxilio de transporte y vacaciones; **condenó** al demandado a pagar indemnización por no consignación de cesantías a un fondo; a pagar el cálculo actuarial de aportes pensionales causados durante el vínculo laboral; **absolvió** a los demandados de las demás pretensiones; **condenó** en costas a los demandados.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...al observar la prueba documental no se aportó ningún documento que demuestre que las personas demandadas aquí e identificadas hayan celebrado ese contrato de arrendamiento que se argumenta, pero no hay ninguna prueba tampoco que nos indique cuál fue la relación entre el señor demandado y la señora Gloria Trujillo; se allegó si un certificado de tradición y libertad cuyo número es el 50c206392 que aparece a folio 3 hasta folio 5 donde indica que la propietaria de ese edificio es la demandada; sin embargo un aspecto es ser el propietario del inmueble y otra cosa es que exista un contrato de arrendamiento y que dé lugar a la contratación de una persona para prestar el servicio de vigilante; como no hay prueba que me demuestre que el señor Luis Fernando Pérez Guzmán haya actuado en nombre y representación de Gloria Trujillo para elaborar alguna obra o para contratar al señor demandante, pues solo queda entonces declarar la existencia de la relación laboral entre la parte actora, entre el señor Marco Fidel Triana y Luis Fernando Pérez Guzmán pero no la solidaridad pretendida con Gloria Trujillo, cuyos extremos inicia según lo aceptado el 30 de mayo del 2015 y terminado el 30 de julio de 2019 y que se corrobora también con la liquidación presentada...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, interpone recurso de alzada, frente a la sentencia, al estimar que, en el presente caso se debió imponer condena contra la señora Gloria Trujillo, en forma solidaria, bien de conformidad a lo contemplado en el artículo 34 o 35 del Código Sustantivo del Trabajo, al ser ella la propietaria del Edificio donde



laboraba el demandante y beneficiarse de la fuerza laboral del señor Triana, en segundo lugar, por cuanto, no se dejó estipulado que el señor Luis Fernando actuaba como empleador y la co demandada como simple intermediaria y por otro lado, ya que la liquidación de prestaciones sociales reconocidas al demandante, cuentan con el título del edificio propiedad de la señora Trujillo; en segundo lugar, estima que, se debió fulminarse condena por concepto de intereses a las cesantías, auxilio de transporte, sanción por el no pago de prestaciones sociales al finiquito contractual y la indemnización por despido sin justa causa; que a pesar de haberse ordenado el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión, no se condenó al pago de salud y ARL conforme lo dicta la Ley 100 de 1993.

A su turno, el apoderado del demandado, **Luis Fernando Pérez**, arguye como motivo de disidencia con la sentencia, únicamente frente a la condena por intereses a las cesantías, al estimar que el monto fijado por el A quo, no es el correcto, máxime que el empleador le consignó y pagó ante un fondo de cesantías tal concepto.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si es viable en primer término declarar solidariamente responsable a la señora Gloria Trujillo de Hodap frente a las pretensiones incoadas por el demandante; en segundo lugar, se deberá determinar la viabilidad de ordenar el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías, auxilio de



transporte, sanción por no consignación de las prestaciones sociales, el pago de aportes a seguridad social en salud y riesgos laborales durante el interregno de tiempo que duró la relación laboral.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así declarado por el *A quo* en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de reparo por la llamada a debate; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, carta y liquidación de contrato de trabajo (fl. 97 del archivo 01 del expediente digital); probanza de la cual se colige, que MARCO FIDEL TRIANA trabajó al servicio de LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMAN desempeñando el cargo de celador en el Edificio Carrera 11 No. 80-57 de esta ciudad, con fecha de inició el 30 de mayo de 2015, sin que obre data de terminación en el plenario, pero estableciéndose como fecha del finiquito contractual el 30 de julio de 2019; supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio a la determinación judicial de primera instancia.

DEL SALARIO

Como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil



– Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Ahora bien, descendiendo este Juez Colegiado a los motivos de distanciamiento impetrados por el extremo demandante y, en específico a la contraprestación salarial, se evidencia que en el hecho, tercero, y en la pretensión primera del líbello genitor, el demandante informó devengar el salario mínimo legal mensual vigente, durante el vínculo contractual.

A pesar de haberse hecho referencia por parte del Juez de conocimiento, sobre la remuneración de \$1.100.000, en su oportunidad, no dio credibilidad a lo argüido por las partes y declaró que el salario devengado era el mínimo legal mensual para cada anualidad, por lo que, no es viable, en esta instancia, modificar la decisión, al no contar con las facultades ultra y extra petita de conformidad con lo reglado en el artículo 50 del Código Procesal laboral, para modificar tal concepto.

Luego entonces, se mantendrá la decisión del A quo, en lo tocante, al salario devengado por el ex trabajador.

DE LA SOLIDARIDAD

En lo tocante a la solidaridad reclamada por la parte actora, respecto de la demandada, Gloria Trujillo de Hodap, debe precisar esta Sala de Decisión que, el asunto jurisdiccional feneció con sentencia condenatoria contra LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMÁN, ordenando el pago de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, y el cálculo actuarial derivado del nexo contractual laboral antes referenciado, dado que, en sentir del A quo, las acreencias laborales se



encontraban cubiertas con el título judicial puesto a disposición de un Juzgado Laboral y por ello, declaró probada parcialmente la excepción de pago.

Pese a lo anterior, en forma alguna fue reclamada la existencia de una solidaridad, en el libelo genitor y en el fallo objeto de reproche, se realizó dicho estudio, para concluirse, que el solo hecho de ser dueño de un bien inmueble y otra muy diferente, que este solo hecho implique para la señora Trujillo de Hodap, deba responder solidariamente por las obligaciones patronales reclamadas.

Ahora bien, en el sub examine, no fue allegado documento o prueba testimonial alguna, que dé certeza a esta Sala de Decisión de la solidaridad reclamada, por lo que, ante el escaso caudal probatorio para resolver la dicotomía, se procederá a su estudio, teniendo en cuenta las declaraciones realizadas por los contendientes.

El señor Luis Fernando Pérez, a la hora de contestar la demanda, aceptó en forma expresa haber mantenido un vínculo laboral con el señor Triana, para que este prestara los servicios de vigilante en el Edificio Parque Andino S.A.S.

La señora Gloria Trujillo, por su parte negó mantener vínculo laboral con el demandante, alegando para tal efecto, la celebración de un contrato de arrendamiento con el señor Fernando Pérez Guzmán y este a su turno, fue quien contrató al señor Triana, para que prestara los servicios de vigilancia en el edificio de su propiedad.

A su turno, en el interrogatorio de parte, el demandado, Luis Fernando Pérez, informó que el trabajo del demandante feneció por cuanto,



entregó el edificio dado en arriendo; que durante el vínculo laboral, pagó al demandante sus prestaciones sociales mediante consignación.

El demandante, al auscultársele respecto al fenecimiento del contrato, indicó que *“la cuestión es que él me llamó un día por la noche y me dijo, Marco, necesitamos entregar el edificio mañana y así fue al otro día a medio día pues él llegó y yo ya tenía mis cosas empacadas y me pagó el millón cien y hasta ahí no fue más la respuesta”* y aunque no es claro en decir de quien recibía órdenes, sí fue enfático en precisar que, recibía el pago del subsidio de transporte y del salario de parte del señor *“Fernando Pérez”*.

Sobre este particular se ha dicho que para que exista solidaridad, a más de que la acción desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere la actividad específica desarrollada por el trabajador se enmarque en el contrato a desplegar, adicional a ello, se acredite el vínculo o relación que ata a las personas naturales aquí convocadas, situación que no se verifica en el sub lite, dado que, quien se encargaba de pagar los salarios al demandante era directamente el señor Luis Fernando y fue este quien también le informó sobre la entrega del edificio y no la señora Gloria Trujillo.

Siendo cierto que, atendiendo la calidad que ostenta LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMÁN, lo propio era que el ex trabajador demandante demostrara no solo que su labor fue prestada en el Edificio propiedad de la demandada GLORIA TRUJILLO DE HODAP, el cual presuntamente fue arrendado al señor Pérez, sino los servicios prestados a favor de la persona natural (Gloria Trujillo), pues solo así sería viable predicar la solidaridad con la codemandada, máxime que del irrisorio material probatorio no se puede concluir que este fuera su empleadora, ya que no impartía órdenes, ni pagaba la remuneración.



De conformidad con las anteriores precisiones, es claro, que en el sub lite, se encontró únicamente acreditada la prestación del servicio frente a LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMAN y no frente a la demandada GLORIA TRUJILLO DE HODAP, por lo que, se confirmará la sentencia en lo tocante a la no existencia de la solidaridad reclamada por el promotor litigioso y tener únicamente como empleador al señor PÉREZ GUZMÁN.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Reclama el demandante, se fulmine condena contra por concepto de intereses a las cesantías, auxilio de transporte, sanción por no consignación de las cesantías, e indemnización por terminación del contrato sin justa causa, por lo que se pasan a estudiar estos ítems de la siguiente manera.

INTERESES DE CESANTÍAS.

Los intereses a las cesantías se entronizaron en la legislación colombiana mediante la Ley 52 de 1975, y deben ser liquidadas con el 12% sobre saldos de cesantías que se tengan al 31 de diciembre de cada año calendario, o el 1% mensual cuando son anticipados, ello es, por retiro parcial o renuncia, con el deber por parte del empleador de entregarlas al trabajador en enero de cada año, efectuadas las operaciones de rigor se tiene que al demandante se le debía pagar por este concepto, la suma de \$291.917,⁷⁶.

Pese a lo anterior, no se pasa inadvertido, que el demandado, constituyó título judicial a favor del demandante, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales (fl. 95 del archivo 01 del expediente digital) y allí consignó por este



concepto, la suma de, **\$1.934.612**, luego entonces, satisfizo la obligación a su cargo, por este concepto.

En este punto, esta Colegiatura, se permite aclarar que si bien, el demandado, manifestó su inconformidad frente a la condena por concepto de intereses a las cesantías, el A quo no impartió condena por este rubro, al estimar que sobre el mismo se había acreditado el pago por parte del convocado a juicio, siendo favorable la decisión al demandado.

Consecuencia de lo anterior, no hay lugar a modificar la absolución impartida por el juez de conocimiento en este ítem.

AUXILIO DE TRANSPORTE.

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

En el sub lite, se reclama el reconocimiento de este beneficio, sin embargo, del interrogatorio de parte, se puede colegir que, aparentemente, el demandante devengaba un salario superior al salario mínimo legal vigente, y que a pesar de que el convocado a juicio no le informó al trabajador, que le sería pagado el auxilio de transporte, este si era cubierto, adicionalmente, debe resaltar la Sala, que el demandante no demostró que se debía trasladar desde su domicilio hasta su sitio de trabajo, deberá absolverse del pago por este concepto, tal y como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte Suprema de Justicia,



Sala de Casación Laboral, en sentencia, 20232 del 27 de junio de 2003, Magistrado Ponente, Doctor, Luis Gonzalo Toro.

DE LA SANCIÓN MORATORIA

La sanción moratoria aludida en el artículo 65 del C.S.T, se encuentra contemplada a efectos de sancionar al empleador que a la terminación del contrato no cancele en su integridad al trabajador los salarios y prestaciones causadas, la cual corresponde a un día de salario por cada día de retardo en el pago de los mismos. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en principio no opera de manera automática, y que esta solo procede cuando se encuentra probada la mala fe del empleador; de ahí que el concepto de buena fe traiga consigo que el empleador actúe correctamente y sin abusar de posiciones privilegiadas que pueda tener, por lo que si pretende beneficiarse de ella deberá demostrarla con el fin de ser exonerado del pago de la indemnización.

En el caso bajo examine, se tiene que la relación laboral feneció el 30 de julio de 2019, sin embargo, alega la parte demandante que a la terminación de su contrato de trabajo no le fueron canceladas las prestaciones sociales a que tenía derecho, y que se enteró de la existencia del depósito judicial a su favor, por intermedio de su apoderado judicial; a su turno, el demandado, informó y allegó el trámite adelantado, con el fin de comunicarle al demandante de la existencia del depósito judicial, por mensajería, de 472, el 16 de septiembre de 2019, sin embargo, la misiva fue devuelta por la empresa de correos el 17 del mismo mes y año, tal y como se puede verificar con la documental acopiada a folio 102 del archivo 01 del expediente digital.



Para dilucidar lo anterior, necesario se torna remitirnos a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 65 del C.S.T., artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, norma que regula lo referente al pago por consignación, al indicar que *«Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia»*.

Dicho esto, para que el pago por consignación cumpla su propósito, el cual no es otro que liberar de responsabilidad económica al empleador, cuando, como bien se extrae de la norma en comento, no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o el trabajador se niega a recibir, deben cumplirse una serie de procedimientos, mismos que se encuentran en la circular C48 de 27 de junio de 2008, procedimientos que se proceden a exponer así:

«CONSTITUCIÓN DE LOS TÍTULOS DE DEPÓSITO JUDICIAL DE PAGO POR CONSIGNACIÓN DE PRESTACIONES LABORALES.

La constitución del Título de Depósito Judicial de Pago por Consignación de Prestaciones Laborales se realiza en el Banco Agrario de Colombia en la oficina de la ciudad sede de las respectivas Oficinas Judiciales, en la cuenta especial denominada "DEPOSITOS JUDICIALES PAGO POR CONSIGNACIÓN DE PRESTACIONES LABORALES".

El Banco Agrario recibe la consignación, y expide el TITULO JUDICIAL correspondiente, el cual entrega al consignante si la operación se realizó en efectivo.

Cuando el valor se consigna en cheque el título se constituirá cuando se surta el canje del cheque y debe ser reclamado por el empleador en la oficina del Banco en donde realizó la transacción, dentro de los cuatro días siguientes a aquel en que se realizó la consignación.

ENTREGA DE LOS TÍTULOS A LA OFICINA JUDICIAL, DE APOYO O DE SERVICIOS

Para que el empleador evite la sanción moratoria, deberá entregar el título junto con el formulario que contiene la actuación judicial que implica el pago por consignación, debidamente diligenciado y suscrito por el patrono, el cual puede reclamar en la Oficina Judicial. También podrá elaborarlo el mismo, siempre y cuando contenga todos los datos del formato.



La Oficina Judicial recibe el título judicial, junto con el formato debidamente diligenciado, lo somete a reparto entre los Juzgados Laborales del Circuito y entrega el acta individual de reparto en la cual se informa el juzgado que conocerá sobre del pago por consignación.

Diariamente, la Oficina Judicial informará a cada uno de los Juzgados Laborales, los titulas que quedaron a órdenes de los despachos, mediante la entrega del acta de que trata el artículo 5 del Acuerdo 1481 de 2002 y copia del oficio con el que fue allegado el título judicial, de modo que el juez, pueda verificar que la consignación realizada corresponda efectivamente a lo adeudado».

La omisión o infracción a alguno de los procedimientos a seguir frente a la constitución del pago por consignación, no excluye al empleador de la sanción contenida en el artículo 65 del C.S.T., pues así lo ha sostenido el Órgano de cierre en materia laboral, en sentencia SL 2264 de 1988, en la que indicó:

«El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante».

En igual sentido el máximo órgano de cierre en materia laboral en sentencia 28090 de 2006, dispuso que:

«importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento».



Dicho lo anterior, y con el ánimo de establecer si en el caso bajo estudio la demandada opero con diligencia al momento de constituir el depósito judicial para exonerarse de la sanción dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., encuentra la Sala que a folio 94 del archivo 01 del expediente digital, obra copia del título de depósito No. A6844628, aunque, no se avizora la fecha de constitución e información de las partes, si se logra verificar el monto consignado, el cual corresponde a \$11.380.000; pese a lo anterior, con el acta de reparto No. 12550 estipulada por la Oficina Judicial, se tiene que el pago por consignación fue radicado ante dicha dependencia el 6 de septiembre de 2019 y se asignó su conocimiento al Juzgado 2° Municipal de Pequeñas Causas Laborales (fl. 95 del archivo 01 del expediente digital), informándose en el aludido documento que el título consignado era el 400 10000 7362125 a favor de Marco Fidel Triana.

Que el demandante, en el interrogatorio de parte, informó haber, no solo conocido de la existencia del depósito, sino que lo cobró, sin tener ningún tipo de restricción para ello, luego entonces, pudo disponer de dicha suma de dinero.

Así las cosas, estima esta Sala de Decisión que le asiste la razón al apoderado de la parte actora, al reclamar la imposición de la condena de la sanción moratoria, al verificarse que, el finiquito contractual acaeció el 30 de julio de 2019 y el título fue puesto a disposición del Juzgado de Pequeñas Causas Laborales el 6 de septiembre y remitir la comunicación al demandante tan solo hasta el 16 de septiembre de la misma calenda, así las cosas, se condenará al demandado al reconocimiento de la indemnización por mora dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., en cuantía de **\$993.739,²⁰** suma que deberá ser indexada al momento de su pago.



DEL PAGO DE APORTES A SALUD Y ARL

Reclama el demandante, se condene al demandado a pagar no solo los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, sino también al pago de los aportes a salud y a riesgos laborales, tal y como lo regla la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe precisar esta Sala de Decisión que, la H. Corte Suprema de Justicia², ha sido enfática en precisar que, cuando los empleadores no sufragan los aportes al sistema de seguridad social en salud y a riesgos laborales a los trabajadores, sobre ellos, recae la responsabilidad sobre las contingencias que sufra el trabajador, sin embargo, en el sub lite, no se avizora o acredita que se haya causado un perjuicio al actor y en tal sentido, se confirmará la decisión emitida por el juzgado de conocimiento, en lo atinente al pago de estos rubros.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

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

Del mismo modo, tanto el parágrafo del artículo 62, como el artículo 66, ambos del Código Sustantivo del Trabajo, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo, debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa

² Sentencia SL3009-2017.



determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

Igualmente, se tiene por sentado que para dar por finalizado un contrato de trabajo con justa causa, basta con indicar los hechos motivantes del despido y que estos guarden armonía con las hipótesis previstas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, como se precisó en la sentencia SL38872 del 23 de marzo de 2011, M.P Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Desciendo al caso de autos, se tiene que, el demandante reclamó el reconocimiento y pago de la indemnización, por un despido sin justa causa y a su turno, la demandada, alegó que el contrato había fenecido porque la labor para la cual había sido contratado el demandante había expirado, coincidiendo las partes, únicamente en el punto, que para la fecha del finiquito contractual no se expidió carta de terminación del contrato de trabajo, por lo que, resulta pertinente acudir a los demás medios probatorios recaudados para llegar a la verdad real de los hechos. El demandante a la hora de rendir su declaración, en lo tocante a la terminación del vínculo laboral, dijo que, *“él me llamó un día por la noche y me dijo Marco necesitamos entregar el edificio mañana y así fue al otro día a medio día pues él llegó y yo ya tenía mis cosas empacadas y me pagó el millón cien y hasta ahí no fue más la respuesta...”*.

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

Luis Fernando, Pérez, en el interrogatorio de parte, informó que, había informado, *“...tres meses antes, le dije tres meses antes que ya teníamos que*



entregar el edificio que ya habían unas personas que lo iban a tomar, él sabe que están visitando el edificio para tomarlo en arriendo y se lo entregué a la propietaria...”

Por otro lado, en el hecho 4 del libelo genitor, el accionante, indicó que el vínculo laboral feneció el 30 de julio de 2019 (fl. 13 del archivo 01 del expediente digital), respecto del cual la demandada contestó que era cierto; por lo que, al reclamarse la indemnización por despido injusto en el acápite de las pretensiones, expresamente en el literal “F”, la pasiva, centró su oposición a este pedimento, al considerar que *“No hubo despido injustificado, se terminó la labor contratada”*.

Colofón de lo anterior, en el sub examine encuentra desacertada la decisión adoptada por el juez de conocimiento, ya que el demandado, alegó haber terminado el contrato de trabajo, al haber fenecido la obra para la cual había contratado al señor Marco Fidel, sin embargo, no allegó copia del contrato suscrito entre las partes, tampoco trajo el contrato de arrendamiento celebrado con la señora Gloria Trujillo y mucho menos acreditó, que en efecto, para el 30 de julio de 2019, hubiese devuelto el edificio a la codemandada para que tomara posesión de este el nuevo arrendatario.

Concluyéndose que al estar probada la culminación de labores y que la misma fue por decisión unilateral del demandado, el cual no cumplió con el parámetro del parágrafo único del artículo 62 del CST, que a la letra señala *«la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos»*, es que se procederá a impartir condena por indemnización por despido sin justa causa.



Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor conforme al salario mínimo legal mensual vigente de \$828.116 y bajo los apremios del artículo 64 del CST, se condena a Luis Fernando Pérez Guzmán a pagar a Marco Fidel Triana la suma de **\$2.622.367,³³**.

Así las cosas, se habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de imponer condena por despido sin justa causa.

COSTAS.

En esta segunda instancia se condenará en costas al demandado y a favor del demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30º) Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de octubre de 2021, en el sentido de **CONDENAR** al demandado, **LUIS FERNANDO PEREZ GUZMAN** a pagar a favor del señor **MARCO FIDEL TRIANA** los siguientes conceptos:

c. Indemnización moratoria, correspondiente a **\$993.739,²⁰**, suma que debe ser indexada al momento de su pago.

d. Indemnización por terminación del contrato sin justa causa, equivalente a **\$2.622.367,³³**.



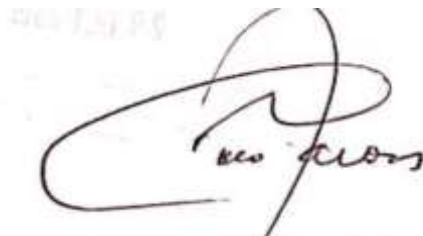
SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. Se impondrá condena en costas a cargo del demandado y a favor del señor Luis Fernando Pérez Guzmán.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alfredo Barón Corredor", is written over a faint, circular official stamp.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is written over a faint, circular official stamp.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de LUIS FERNANDO PÉREZ GUZMAN y a favor de MARCO FIDEL TRIANA en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA TERESA VENTO RODRÍGUEZ** CONTRA **SODEXO S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ANA TERESA VENTO RODRÍGUEZ**, por intermedio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral

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»



contra **SODEXO S.A.S.**, pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 11 de noviembre de 2008 al 31 de julio de 2017, el cual fue terminado sin justa causa, en tanto este ya se había prorrogado; además, que el 4 de abril de 2009 presentó accidente de trabajo, que no fue reportado por el dador del laborío, y respecto del cual este es responsable a título de culpa patronal y finalmente, que es ineficaz su despido, al tener lugar cuando se encontraba en estado de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud y por no informar dentro de los 60 días siguientes el estado de sus cotizaciones. Como consecuencia, condenar a la parte pasiva a reintegrarla a un cargo igual al que desempeñaba o a uno de mejores condiciones, sin solución de continuidad, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social integral dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la calenda en que se produzca el reintegro laboral, indemnización por despido sin justa causa, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria, indemnización de perjuicios materiales bajo la modalidad de daño emergente y lucro cesante, indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 269 y 270 archivo 00 y fls. 2 y 3 archivo 01 del expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 271 a 279 archivo 00 y 3 a 6 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que celebró con la demandada contrato de trabajo a término fijo, el cual se ejecutó del 4 de noviembre de 2008 al 31 de julio de 2017, terminado por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, pues ya había sido renovado o prorrogado de manera automática. Que el 25 de abril de 2009 mientras desempeñaba las labores propias de su cargo como Auxiliar de Oficios Varios y Limpieza de Grandes Superficies, presentó accidente de trabajo, en tanto flexionó su cuerpo hacia el piso para alzar peso y al reincorporarse, presentó un fuerte dolor lumbar y en el miembro inferior derecho, conforme la historia clínica emitida por la



Clínica Occidente; no obstante, la demandada no reportó el mismo a la ARL a la cual se encontraba afiliada, aun cuando fue informado a su jefe inmediato. Refiere que el 2 de julio de 2014, Cruza Blanca EPS emitió recomendaciones laborales, las cuales puso en conocimiento de su empleadora, mismas que también fueron expedidas el 1º de enero de 2015, sin embargo esta no dio estricto cumplimiento a las mismas. Aduce que los días 24 de junio de 2016 y 23 de marzo de 2017, la demandada le hizo extensiva comunicación en la cual le informaba sobre el vencimiento del contrato y la no prórroga del mismo; además el 16 de agosto de 2017 la llamada a la acción expidió liquidación final, terminando el nexo contractual, pese a encontrarse en delicado estado de salud. Señala que no se le entregó la dotación necesaria para ejercer las actividades propias de la labor encomendada, a más que la empleadora desplegó una conducta negligente, descuidada y omisiva configurando una culpa patronal. Que el 16 de diciembre de 2019, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca le calificó una PCL del 28,70%, a la cual no le otorgó el origen laboral, dado que no se reportó el accidente de trabajo. Indica que en julio de 2013 le fue realizado el procedimiento denominado Artrodesis Posterior de Columna con Instrumentación. Que devengó como salario la suma final de \$746.030; sumando a ello que su empleadora no informó dentro de los 60 días siguientes al finiquito, el estado de las cotizaciones a la seguridad social.

CONTESTACIÓN: La demandada **SODEXO S.A.S.** contestó el *libelo introductor* oponiéndose a las pretensiones, aduciendo para el efecto que el contrato de trabajo terminó por vencimiento del plazo pactado en los términos establecidos en la ley, conforme a las cláusulas adicionales celebradas el 31 de octubre de 2008 y 21 de junio de 2015, aunado a que se terminó la promesa comercial con Almacenes Éxito, empresa usuaria para la cual prestaba sus servicios la activa. Añade que no existe prueba alguna que de cuenta que la actora sufriera el accidente de trabajo alegado, a más que cuando informó sus accidentes de trabajo, la empresa



procedió a reportarlos ante la ARL Sura, los días 12 de julio de 2012, 20 de febrero de 2015 y 8 de septiembre de 2016, los cuales fueron atendidos y cerrados por la entidad de seguridad social, por ende, no está llamada a responder por daños y perjuicios. Concluye señalando que a la fecha de terminación del vínculo laboral, la demandante gozaba de plena salud, no se encontraba en incapacidad, no presentaba discapacidad, ni estado de indefensión. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y buena fe por parte de la demandada (folios 1 a 33 archivo 09 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 31 de enero de 2022, resolvió **declarar** probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación; **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenar** en costas a la activa (Archivo de audio 19 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, el vínculo laboral celebrado entre las partes, terminó por vencimiento del plazo fijo pactado, circunstancia que impide reconocer a favor de la activa la indemnización por despido sin justa causa. Agrega que si bien la demandante acredita una PCL del 28,70% con fecha de estructuración 13 de enero de 2013, lo cierto es que tal dictamen solo fue proferido hasta el 16 de diciembre de 2019, esto es, cuando ya no se encontraba vigente el nexo laboral; sumando a ello que tampoco se demuestra que la encarada haya sido notificada del accidente que presuntamente ocurrió el 25 de abril de 2009, e igualmente, el dictamen de calificación de invalidez nada determina en cuanto al origen de las patologías de la trabajadora, por manera que no existe certeza si el contrato fue terminado por llamada a la acción por la afectación de salud de su salud, siendo claro que en



el caso no concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para concluir la existencia de una estabilidad laboral reforzada alegada. Refiere que la activa no demostró la responsabilidad del patrono en el accidente sufrido, además, que conforme a las declaraciones recaudadas, siempre se le entregó su dotación y fue capacitada para desempeñar la labor, de suerte que no es procedente la indemnización de perjuicios reclamada con sustento en la culpa patronal.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante **ANA TERESA VENTO RODRÍGUEZ** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, contrario a lo indicado por el Juzgado de Conocimiento, la empresa procedió a dar por terminado el vínculo laboral cuando este ya se encontraba prorrogado, pues las partes no pueden celebrar acuerdos que vulneren o transgredan sus derechos fundamentales. En ese orden, indica que el 31 de diciembre de 2011 tuvo lugar la tercera prórroga del contrato, de manera que a partir de esa calenda no podía prorrogarse el vínculo laboral de manera diferente a la establecida en el CST, en lapso inferior a un año. Indica que gozan de estabilidad laboral las personas que tiene alguna discapacidad y aquellas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, originada en una afectación de la salud, que causa limitación de cualquier índole, sin necesidad de calificación previa expedida por el ente competente.

Señala que existió responsabilidad por parte de la pasiva en el accidente de trabajo sufrido en el mes de abril de 2009, como así da cuenta la historia clínica emanada de la Clínica de Occidente, en la cual se refirió al ingreso que la asistencia de la actora a urgencias se debió a un accidente laboral, que no fue reportado por el dador del laborío de manera oportuna ante la ARL, en el que este incurrió en culpa grave al no haber suministrado todos y cada uno de los elementos de trabajo que la actora



requería. Concluye que el finiquito tuvo lugar por su estado de salud, pues padeció ciertas patologías, que si bien no se encontraban calificadas, sí le generaron una disminución física evidente, la cual se puede constatar en la historia clínica.

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: Este extremo procesal solicita se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que quedó demostrado como bien lo señalo el *a quo*, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, así como que durante el vínculo laboral, las mismas suscribieron dos cláusulas al contrato, el cual terminó por vencimiento del plazo fijo pactado, al notificarse a la demandante su no prorroga conforme lo ordena la ley; de igual manera quedó probado que SODEXO SAS canceló en debida forma todos y cada uno de los salarios y prestaciones sociales generadas por el nexo laboral suscrito entre las partes, situación está aceptada por la demandante en su interrogatorio, así como que la misma, autorizó al empleador para que se le realizaran los descuentos del crédito que a la fecha de terminación del contrato tuviese con Fincomercio. Añade que la activa no gozaba de estabilidad laboral alguna, pues quedó claramente demostrado con las pruebas allegadas que durante la vigencia de relación laboral sufrió algunos accidentes laborales, mismos que fueron reportados en debida forma a su ARL, e igualmente, fueron tratados en su oportunidad por la entidad debida.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales en especial aquellas impuestas en el artículo 66A del C.P.L., se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la accionante al momento de la desvinculación presentaba una situación de debilidad manifiesta, que impedía el fenecimiento del nexo y, que concluya, en su reintegro.

En igual sentido, habrá de establecerse si se logra comprobar la consumación de una culpa patronal por el extremo pasivo en las enfermedades que afectaron a la señora ANA TERESA VENTO RODRÍGUEZ; atendiendo el resultado anterior, determinar la materialización de las indemnizaciones pretendidas.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introdutorio*, lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el expediente digital, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (fls. 4 a 5 archivo 00), Reglamento interno de trabajo (fls. 6 a 7 archivo 00), historia clínica, recomendaciones e incapacidades ordenadas a la demandante (fls. 8 a 24 y 36 a 268 archivo 00), preaviso terminación contrato de trabajo (fls. 20 y 21 archivo 00),



liquidación contrato de trabajo y certificación laboral (fls. 22 a 23 archivo 00), dictamen de pérdida de capacidad laboral (fls. 32 a 34 archivo 00), expediente laboral de la demandante (carpeta 12), interrogatorios de parte rendidos por la demandante y por el representante legal de la pasiva y declaración rendida por Yudy Mayerly Aroca Sotero (archivo de audio 16); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige que VENTO RODRÍGUEZ laboró al servicio de la demandada desde el 4 de noviembre de 2008 hasta el 31 de julio de 2017, en la modalidad de contrato de trabajo a término fijo, desempeñando el cargo de Auxiliar Oficios Varios y Limpieza Grandes Superficies, a cambio de un salario final de \$746.030 (folios 22 y 23 archivo 00 del expediente digital)

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – INEFICACIA DEL DESPIDO

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

Al punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional en sentencia T – 521 de 2008, reiteró que el concepto de estabilidad laboral reforzada conduce a la guarda del trabajador discapacitado y la necesidad de elevar solicitud ante el Ministerio del Trabajo, para que medie autorización para la desvinculación. Indicación que conjuga los mandatos



constitucionales vistos en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Nacional, y de los cuales se puede concluir la prohibición asignada a los empleadores de fenecer el vínculo laboral cuando se está en presencia de trabajadores enfermos o incapacitados.

De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio del Ramo. De manera que, la indemnización prevista constituye una sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de discapacidad y, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

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

En igual sentido, justo es recordar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL- 411 de 2017, estableció que la estabilidad laboral reforzada se podía pregonar, incluso, respecto de aquellos trabajadores que no contaran con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, por no ser esa una prueba solemne, siempre y cuando la empresa tuviera pleno conocimiento de su discapacidad. Y en reciente pronunciamiento, esa Alta Corporación dejó por sentado que la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba, siempre y cuando, el trabajador acredite que se



encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato, y el empleador no logre acreditar que el despido acaeció por una justa causa. Fue así como en sentencia SL – 1360 de 2018, precisó:

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

(b) *A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, **el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas,** so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario. (...)*»

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

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

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

1. Historia Clínica de la demandante (folios 36 a archivo 00 del expediente digital), en la cual se detalla que el 25 de abril de 2009 compareció a la Clínica de Occidente, aduciendo que se encontraba en su sitio de trabajo, se agachó y al reincorporarse presentó dolor lumbar intenso derecho y en miembro inferior derecho, siéndole diagnosticado un lumbago con ciática. Asimismo, el 19 de noviembre de 2012, comparece a su IPS por dolor en columna



lumbar, siéndole diagnosticado Espondilolistesis, mismo que se confirma en consulta del 22 de enero de 2013. El 5 de julio de símil año, le fue realizado el procedimiento denominado Artrodesis posterior de columna con instrumentación y el 8 de noviembre de 2013 se le realizó procedimiento denominado exploración y descompresión del canal raquídeo y raíces espinales de dos segmentos extramedular.

2. El 10 de octubre de 2014, se reporta en historia clínica que la demandante no puede agacharse, no puede levantar más de 7.5 kg, no puede permanecer en una postura fija por más de 30 minutos, evitar hiperflexión en la columna, se ordena control de peso y se recomienda natación. Igualmente, se indica de manera expresa que *“TIENE RESTRICCIONES LABORALES DE POR VIDA ESTAS SON DADAS POR EL MEDICO LABORAL, LA CIRUGÍA DE COLUMNA ALIVIA EL DOLOR PERO NO CURA EL PROBLEMA POR LO QUE LA COLUMNA DEBE CUIDARSE MUCHO MÁS AHORA, PARA EVITAR DOLOR RESIDUAL DOLOR RECIDIVANTE FALLO EN LA CIRUGÍA Y ENFERMEDAD DEL DISCO ADYACENTE”* (folio 51 archivo 00 del expediente digital).
3. A folios 9 a 14 archivo 00 del expediente digital, obran recomendaciones laborales expedidas por Cruz Blanca EPS el 1º de julio de 2014, por el diagnóstico fractura de vértebra lumbar, consistentes en evitar actividades en alturas o que requieran mantenerse de pie de forma continua o con marchas prolongadas, o que requieran inclinarse, agacharse o asumir postura en cuclillas; además, permitir manipulación de cargas menores a 5 kilos, efectuar actividades con adecuada higiene postural y realizar pausas activas por un espacio de 5 minutos cada hora de trabajo.
4. El 11 de febrero de 2014, Cruz Blanca EPS calificó los padecimientos de la trabajadora, tales como secuelas espondilolistesis L6-S1 y lumbalgia mecánica crónica, para



definirlos como enfermedades de origen común, además, expidió recomendaciones laborales en las que se destaca reintegro laboral con modificaciones definitivas, acotándose que las mismas lo fueron por un periodo indefinido para permitir estabilidad y continuar rehabilitación por EPS (fl. 245 archivo 00 del expediente digital).

5. Obran igualmente recomendaciones laborales del 6 de enero de 2015 (fls. 16 a 19 archivo 00 del expediente digital), en las que se sugirió reubicación laboral temporal, que le permitiera a la activa alternar postura sedente-bipeda, así como realizar pequeños desplazamientos caminando cada hora, evitando asumir posturas de esfuerzo para la columna, no debiendo además, manipular cargas desde el piso o a nivel del hombro, como tampoco exponerse a temperaturas extremas o cambios bruscos y evitar exposición a vibraciones de cuerpo entero, no realizar limpieza de objetos pequeños, escurrir, restregar, picar, pelar, tajar o cualquier tipo de tarea de exigencia motora fina.
6. Ahora bien, la demandante presentó diversas incapacidades durante la vigencia de su relación laboral, siendo importante destacar las que tuvieron lugar entre el 17 de enero y el 11 de febrero de 2013, entre el 6 de julio y el 22 de mayo de 2014 y durante los meses de febrero y diciembre de 2015, así como enero y agosto de 2016, mismas que fueron conocidas por la encartada, pues fueron reportadas por esta en sus aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (folios 116 a 117 y 262 a 268 archivo 00 y archivo 12 del expediente digital).
7. Finalmente, obra calificación de pérdida de capacidad laboral expedida por Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca datado 16 de diciembre de 2019, en donde se



califica a la actora con 28,70% de PCL por el diagnóstico de otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, sin definir origen, con fecha de estructuración 17 de enero de 2013 (fls. 32 a 34 archivo 00 del expediente digital).

Probanzas estas que no han sido tachadas de falsas, ni reargüidas por las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S., y de las cuales se puede inferir que la activa a la fecha del finiquito laboral sí presentaba una afectación en su salud que la ubicaba en el escenario de debilidad manifiesta, pues desde el año 2013 presentaba diagnóstico de Espondilolistesis, mismo que le implicó dos procedimientos quirúrgicos, a más que hacia el año 2014, se refieren en su historia clínica los diagnósticos de fractura de vértebra lumbar, secuelas espondilolistesis L6-S1 y lumbalgia mecánica crónica.

Padecimientos que le generaron más de 180 días de incapacidad y que le implicaron recomendaciones laborales, las cuales incluyeron reubicación laboral, como así se refiere por Cruz Blanca EPS en comunicación militante a folio 245 archivo 00 del expediente digital.

De manera que, pese a que a la fecha de terminación del contrato de trabajo, que lo fue el 31 de julio de 2017, la activa no se encontraba incapacitada, lo cierto es que presentaba los padecimientos anotados que no se advierten superados a tal calenda, pues por el contrario, con posterioridad fueron calificados por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, bajo el diagnóstico de otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, con una pérdida de capacidad laboral del 28,70% y fecha de estructuración 17 de enero de 2013, como ya se anotó.

Sumando a ello, que aun se encontraban vigentes las recomendaciones laborales expedidas por Cruz Blanca EPS, pues como se consignó en su



historia clínica y en comunicación del 11 de febrero de 2014 (fl. 245), las mismas lo eran de carácter indefinido, a más que no se advierte de los medios de convicción adosados, que hayan sido levantadas por parte del médico tratante de la convocante.

De suerte que, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, la activa sí demuestra una condición de salud merecedora de la protección de la estabilidad laboral reforzada que deprecia, pues no es otra la conclusión a la que puede llegar a este Tribunal, al constatar de la documental adosada, que la señora VENTO RODRÍGUEZ presentaba una afectación en su salud que era incompatible con sus laborales iniciales, porque, se *itera*, se ordenó un posible reintegro laboral, mismo que no se advierte atendido por la encartada, quien sí conocía el estado de la convocante, pues pese a que ello fue negado por su representa legal en su interrogatorio de parte, así como por su testigo Yudy Mayerly Aroca Sotero (archivo de audio 16), lo cierto es que la empresa reportó las distintas incapacidades laborales de la activa al realizar los diferentes aportes al Sistema de Seguridad Social, según emanada de las diferentes planillas de aportes obrantes en la carpeta 12 del expediente digital, a más que en examen periódico realizado por esta a la trabajadora el 16 de junio de 2016, se consignó de manera clara que la señora Vento presentaba recomendaciones médico laborales en las que se sugería reubicación laboral, siendo claro que la accionada estaba al tanto de la situación de salud de su empleada (fls. 150 a 153 archivo 00 del expediente digital).

Puestas así las cosas, en el caso analizado sí ha operado la presunción a favor de la demandante, relativa a que la terminación del vínculo laboral tuvo lugar por su condición de salud, siendo lo procedente que la Sala verifique si la accionada cumplió con su carga de demostrar que ello, por el contrario, ocurrió por una causa legal y objetiva, como se pasará a estudiar a continuación.



TERMINACIÓN CONTRATO DE TRABAJO- PLAZO FIJO

Se duela la demandante de la posición asumida por el Juzgado de Conocimiento, en tanto concluyó que el contrato de trabajo celebrado entre las partes finalizó por el cumplimiento del plazo pactado, pues pese a que estas celebraron unos acuerdos sobre las prórrogas del vínculo laboral, los mismos no podían desconocer lo estatuido por el Código Sustantivo del Trabajo respecto del contrato a término fijo y el plazo del vínculo, una vez operó la tercera prórroga.

Pues bien, a efectos de desatar el punto de controversia, debe rememorar el Colegiado que el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre el contrato de trabajo a término fijo estatuye que:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente”.

Dando aplicación a la normatividad *ejusdem*, se tiene que contrario a lo indicado en la alzada, en el caso objeto de estudio la partes no desconocieron lo previsto en la ley, y por el contrario, conforme a los acuerdos por ellas celebrados, el nexo laboral sí terminó por vencimiento del plazo pactado.



Así, se tiene que en el contrato de trabajo a término fijo inicialmente celebrado, se estipuló una vigencia inferior a un año, esto es del 4 de noviembre al 31 de diciembre de 2008, como emana del documento suscrito por las partes que milita a folios 4 a 5 archivo 00 del expediente digital; mismo que fue prorrogado por los contratantes de manera expresa el 31 de diciembre de 2008, por el término de un año, esto es, del 1° de enero de 2009 al 31 de diciembre de similar año, conforme al legajo denominado clausula adicional al contrato de trabajo, obrante en la carpeta 12 del expediente digital.

Adicional a ello, se tiene que el nexo laboral se prorrogó por los siguientes periodos: i) Del 1° de enero al 31 de diciembre de 2010; ii) del 1° de enero al 31 de diciembre de 2011; iii) del 1° de enero al 31 de diciembre de 2012; iv) del 1° de enero al 31 de diciembre de 2013; v) del 1° de enero al 31 de diciembre de 2014 y; vi) del 1° de enero al 31 de diciembre de 2015.

Ahora bien, pese a que la última prórroga vencía el 31 de diciembre de 2015, las partes en contienda, el 1° de junio de 2015, suscribieron cláusula adicional al contrato de trabajo que obra en la carpeta 12 del expediente digital, en la cual pactaron lo que a continuación se cita:

“Las partes acuerdan que el contrato de trabajo a término fijo de un año vigente en la fecha y que vence el próximo 31 de diciembre de 2015 sea modificado o transformado a un contrato término fijo superior a un año, esto es, hasta el 31 de julio de 2016.

Las partes acuerdan igualmente, que en el evento en que para la última fecha nombrada, el contrato de trabajo no se dé por terminado en los términos legalmente establecidos, el mismo será prorrogado por un año, esto es hasta el 31 de julio de 2017 y así sucesivamente, salvo que con la antelación prevista en la ley, alguna de las partes notifique su deseo de no prorrogar el vínculo, tal como lo establece el art. 46 del CST modificado por el art. 3° de la Ley 50 de 1990”.

De lo anterior, se advierte con claridad, que si bien la sexta prórroga del contrato de trabajo vencía el 31 de diciembre de 2015, el plazo de la misma fue ampliado hasta el 31 de julio de 2016, según acuerdo



celebrado entre las partes, el cual no desconoce lo previsto en la ley sobre el contrato a término fijo, como quiera que tal término no supera el plazo de 3 años y tampoco inferior a un año.

En igual sentido, se tiene que llegado el 31 de julio de 2016, el vínculo laboral se prorrogó por el plazo de un año, esto es, desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 31 de julio de 2017, pues así lo previeron las partes en el acuerdo en referencia, el cual igualmente no desconoce los términos mínimos previstos por la ley, porque atiende el límite de un año estipulado a partir de la tercera prórroga, siendo diáfano para la Sala que tal pacto está llamada a surtir efectos.

De suerte que, al haberse hecho extensivo a la trabajadora el preaviso de que trata la normatividad *ejusdem* dentro del término en esta establecido, esto es, el 23 de marzo de 2017, como da cuenta la documental obrante en la carpeta 12 del expediente digital, claro resulta concluir que el finiquito tuvo lugar por el vencimiento del plazo fijo pactado, tal como lo concluyó el Juzgado de Conocimiento, el cual corresponde a una causa legal y objetiva de terminación, conforme al literal c del artículo 61 del CST, que se refuerza por el hecho que el contrato comercial celebrado entre la encartada Sodexo S.A.S. y Almacenes Éxito S.A. terminó el 31 de julio de 2017, como así lo aceptó la demandante en su interrogatorio de parte, y lo confirmó la testigo Yudy Mayerly Aroca Sotero (archivo de audio 16), quien además, refirió que la actora estaba asignada a los establecimientos de dicho cliente.

Por tanto, al culminar el acuerdo comercial entre ambas sociedades, a su vez, finalizó el objeto del contrato de trabajo para el cual fue contratada la señora Ana Teresa Vento, situación que desvirtúa la presunción de estabilidad que operó a su favor, como quiera que se encuentra debidamente probado que el nexo laboral de la activa, terminó por el vencimiento del plazo fijo pactado y a su vez, porque desaparecieron las



causas que le dieron origen, mas aun cuando en el proceso no se probó que la convocada tuviera vigente otro contrato comercial con cualquier otra persona jurídica, en el cual pudiere reubicar a la activa en el cargo de Auxiliar de Oficios Varios y Limpieza Grandes Superficies.

Puestas así las cosas, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el *a quo*, relativa a despachar de manera desfavorable las solicitudes de reintegro y de indemnización por despido sin justa causa, al no constatarse los presupuestos legales y jurisprudenciales para el efecto.

ACCIDENTE DE TRABAJO - CULPA PATRONAL

De cara a analizar el objeto de debate planteado por la parte convocante a juicio, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiarán el *examine* y la posible construcción o deconstrucción de la tesis planteada por el aludido extremo procesal.

Conforme a ello, se evidencia que el estatuto que rige los asuntos de orden laboral, estableció en su artículo 216 que «*Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...)*». Prescripción normativa que ha sido objeto de extenso estudio por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo, donde ha indicado que tal culpa reclamada del dador del laborío, no se extingue con la sola comprobación de un suceso que afectó el haber del prestador del servicios, bien en calidad de accidente de trabajo ora como enfermedad profesional, sino que aquella debe ser de tal magnitud que permita entrever un actuar negligente y desconocedor de las obligaciones encomendadas como patronal, en



especial, las concernientes a la seguridad, protección y cuidado integral de la salud de sus trabajadores, como emana de lo reglado en los artículos 56 y 57 de la norma *ejusdem*, que refieren:

*«ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al {empleador} **obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores**, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.*

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}:

*1. **Poner a disposición de los trabajadores**, salvo estipulación en contrario, **los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.***

*2. Procurar a los trabajadores **locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.***

3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias. (...)» (acentúa la Sala).

En correlación con lo precedente, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado de manera diáfana todas aquellas situaciones que comprende la responsabilidad del empleador en los riesgos del trabajo, e indica las garantías que debe prestar, entre ellas, la sentencia rad. 35261 del 10 de marzo de 2010:

*«Mediante esta Sentencia, señala la Corte que es deber esencial del empleador **brindar seguridad a los trabajadores y proveer los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o integridad.** El empleador para exonerarse de la responsabilidad en caso de infortunio laboral **debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia** (...)» (resalta fuera de texto).*



En símil sentido, la aludida Corporación de cierre ha sido enfática en establecer los estadios facticos, en que se inferirá la ocurrencia de un evento con culpa del empleador, expresando que esta surge cuando ***«quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella»*** (SL 7459 de 2017), resultando tajante en señalar que su obligación es prever todas aquellas circunstancias que puedan generar un riesgo, así sea leve, en la salud de los trabajadores, tal como lo reclama el artículo 1604 del Código Civil y fue indicado en sentencia bajo radicado 22656 de 30 de junio de 2005, a saber *«será el empleador quien demostrara que ha actuado como un buen padre de familia respondiente hasta de la culpa leve»*.

Por manera que, atendiendo las pautas que preceden y que la culpa a demostrar corresponde a aquella subjetiva, deberá definirse el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre estas.

Descendiendo al *sub lite*, no se evidencia frente al daño físico que afecta la salud de la trabajadora que el mismo lo sea de origen laboral, o que obedezca a un accidente de trabajo, pues nótese que el dictamen proferido por Cruz Blanca EPS obrante a folio 245 archivo 00 del expediente digital, refiere que las patologías padecidas por la trabajadora son de origen común.

Sumando a ello que, en dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, datado 16 de noviembre de 2019, se especificó en el ítem origen *“No aplica”*, bajo el argumento que *“No se han aportado pruebas que definan un accidente laboral como causa de la patología lumbar de interés. No se encuentra informe de accidente trabajo por parte del empleador. La descripción del evento no determina una lesión orgánica como la que se está calificando. Al revisarse la patología lumbar (VER CONCEPTO DE ORTOPEDIA EL DÍA 17/01/2013) se escribe la presencia de una espondilólisis de la pars*



articularis (alteración estructural), que determina la presencia de otras alteraciones de la columna. No se considera dada esta anomalía secuelas de un evento traumático per se; además es una solicitud personal, para la que se califica la pérdida de capacidad laboral sin existir responsabilidades de calificación de origen del evento que correspondería a una decisión de carácter judicial”.

No existiendo en el presente caso prueba alguna que permita constatar el origen laboral de los padecimientos de la convocante, como tampoco que los mismos provengan del accidente de trabajo que según ella ocurrió el 25 de abril de 2009, pues de dicho hecho sólo da cuenta la nota contenida en la historia clínica de la trabajadora, vista a folio 36 de las diligencias, misma que no tiene la virtud de demostrar un siniestro laboral, porque la referencia que se encontraba en el sitio de trabajo cuando presentó dolor lumbar intenso y dolor en miembro inferior derecho, proviene de la versión de la propia demandante, que no encuentra respaldo en los demás medios de convicción obrantes en el expediente y particularmente en las declaraciones practicadas en el presente trámite, en tanto que la representante legal de la demandada y la testigo Yudy Mayerly Aroca Sotero (archivo de audio 16), negaron la ocurrencia del tal hecho, bajo el argumento que la demandante nunca informó el mismo.

Resultando evidente, que en el caso analizado ni siquiera concurre el primer presupuesto atinente al daño causado en o con ocasión del trabajo, no cumpliendo la parte demandante con la carga de probar que le asiste, esto es, demostrar la culpa del empleador en su padecimientos, y por lo tanto, no queda camino diferente que confirmar la sentencia de primera instancia igualmente, sobre este aspecto.

COSTAS.

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

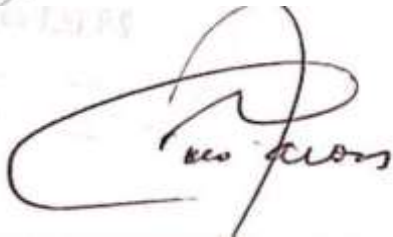
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 31 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANA TERESA VENTO RODRÍGUEZ** contra **SODEXO S.A.S.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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



AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$150.000.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLAUDIA ALEYDA PINTO LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**
(Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



AUTO

Se reconoce personería para actuar a Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y portadora de la T. P. No. 221.228 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, conforme al poder de allegado vía correo electrónico.

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

SENTENCIA

DEMANDA: La señora CLAUDIA ALEYDA PINTO LÓPEZ, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Porvenir, al existir vicio del consentimiento; que no se ha efectuado un traslado válido al RAIS; que se encuentra afiliada a Colpensiones y que Old Mutual debe realizar el traslado de los aportes al RPM.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicita se condene a Porvenir a registrar que la actora no efectuó ninguna vinculación a dicho ente; se condene a Colpensiones a activar su afiliación; se condene a Old Mutual a realizar el traslado de saldos, cotizaciones, bonos pensionales, aportes, rendimientos, comisiones, sumas adicionales, junto con frutos e intereses a Colpensiones, quien deberá actualizar su historia laboral; a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas causadas en el trámite procesal.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 4 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el



2 de mayo de 1963; que laboró para la empresa Sabores y Fragancias desde el 1° de septiembre de 1994 a agosto de 2020; que cotizó a Skandia un total de 589,⁸⁶ semanas; que en septiembre de 1994 se afilió a Porvenir; que no recibió información por parte de la AFP respecto a las implicaciones de su traslado de régimen; que durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS no recibió asesoría profesional completa; que en diciembre de 2007 decide trasladarse a Skandia al informársele que su mesada pensional sería más alta en la nueva entidad; que su mesada pensional en el RAIS correspondería a la suma de \$3.152.897; que radicó solicitud de nulidad ante Colpensiones el 13 de febrero de 2020.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, su traslado a Horizonte en 1994 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada. Como medios **exceptivos** propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 10 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la demandante no probó causal alguna de que la afiliación a Porvenir S.A., sea nula o ineficaz, al cumplirse con los lineamientos legales. Como medios **exceptivos** propuso las de, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica (archivo 11 del expediente digital).



SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al argüir que, las pretensiones van dirigidas contra persona jurídica diferente a ella y la afiliación efectuada en la entidad cumplió con el ordenamiento jurídico. Como **excepciones** propuso las de, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (archivo 13 del expediente digital).

Con auto del 30 de octubre de 2020, el juzgado de conocimiento ordenó la vinculación de Colfondos y admitió el llamamiento en garantía solicitado por Skandia S.A., respecto a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (archivo 14 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, la afiliación efectuada a dicho fondo es totalmente válida y que las pretensiones incoadas van dirigidas contra una entidad diferente a Colfondos. Se **abstuvo** de proponer excepciones (archivo 20 del expediente digital).

La llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, los pedimentos no iban dirigidos contra la entidad, por otro lado, señaló que en caso de declararse la ineficacia la llamada a responder es Horizonte hoy Porvenir y no Skandia. Como **excepciones** propuso la de no competencia del juez



laboral para dirimir las controversias relacionadas con las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por Skandia (antes Old Mutual S.A.); no existe nulidad y/o ineficacia frente al traslado de régimen; la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen está en cabeza de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y no en cabeza de Skandia S.A.; ausencia de cobertura del seguro previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., frente a la pretensión de la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y demás pretensiones que se llegasen a derivar consecuencia de la nulidad y/o ineficacia del traslado; es improcedente que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. haga devolución de primas pagadas por concepto de seguro previsional pretendidos por la AFP Skandia S.A. no hay lugar a ello; inexistencia de obligación – cobro de lo no debido frente a mi representada Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; prescripción de la acción de rescisión o nulidad frente al traslado de régimen; prescripción, compensación y nulidad relativa; la genérica y la buena fe de la entidad (archivo 21 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de octubre de 2021, resolvió; **absolver** de la totalidad de las pretensiones incoadas contra las demandadas; **condenó** en costas a la demandante; **ordenó** la consulta a favor de la demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...A partir de lo expuesto se tiene que los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, es decir los cambios entre administradores de pensiones de fondos privados pueden considerarse como actos de relacionamiento lo cual permite suponer que el afiliado deseaba continuar con dicho régimen, incluso tales presupuestos indican cierto conocimiento de que la persona respecto de que la persona conocía el funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar de ahí que su intención sea continuar permanecer en él, aun teniendo la posibilidad de retornar a Colpensiones, teniendo en cuenta lo anterior y entonces como se indicó actualmente si bien es cierto existe un amplio, múltiples jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en lo que tiene que ver con el deber de información de las AFPs, la misma Corte ha indicado que dicho pronunciamiento no ópera de manera automática, sino que hay que ver cada caso en concreto y ver las características y lo que en verdad el acervo probatorio en el expediente no se indica,



para en efecto concluir si en efecto las AFPs cumplieron su deber de información o si por el contrario la vinculación en efecto se encuentra algún vicio en el consentimiento que pueda llegar a dar su nulidad o su ineficacia...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, interpone recurso de apelación, con el fin de que sea revocada la sentencia, al estimar que no se tuvieron en cuenta los múltiples pronunciamientos emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, al estudiar el tema de la ineficacia; que, la única información suministrada por Old Mutual a la afiliada, fue respecto al monto de la mesada pensional; que de haber recibido la información idónea no se hubiera trasladado de fondo de pensionado; que cuando la demandante se trasladó de régimen.

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**, considera que la sentencia debe revocarse, ya que, no se encuentra acreditada la información suministrada a la demandante y existió un error que vició el consentimiento.

La demandada, **Colpensiones**, arguye que el traslado efectuado por la demandante es válido, al encontrarse acreditado que este fue realizado en forma libre y voluntaria; que tampoco se avizoran vicios del consentimiento que generen la ineficacia del trámite y se suministró la información idónea para adoptar la decisión de trasladarse de régimen.



A su turno, el apoderado de **Porvenir**, reclama la confirmación de la sentencia, pues considera que, no se acreditó ningún vicio del consentimiento en el traslado de régimen; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume auténtico y el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria en 1994, brindándose una información oportuna y completa; que le fue garantizado el derecho de retracto; que la demandante permaneció por más de 27 años afiliada a la entidad sin reparo alguno, demostrándose su voluntad de permanecer en el RAIS; que no es viable ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Horizonte y Colpensiones.

La apoderada de **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, solicita se confirme la sentencia.

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, el 13 de febrero de 2020, conforme se desprende la documental acopiado al expediente digital (archivo 02 – escrito de poder, fl 22).



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 el recurso incoado por el apoderado de la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Claudia Aleyda Pino López, al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, 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, historia laboral emitida por Skandia (archivo 2, fl. 5); historia laboral consolidada emitida por Skandia (archivo 2, fl. 8 y archivo 13, fl. 38); extracto de pensión obligatoria emitido por Old Mutual (archivo 2, fl. 13); chat de whatsapp entablado con Angela Old Mutual (archivo 2, fl. 18); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (archivo 2, fl. 20); derecho de petición incoado ante Colpensiones (archivo 2, fl. 22); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (archivo 2, fl. 24 y archivo 10, fl. 65); respuesta de Colpensiones a derecho de petición (archivo 7, fl. 10); certificado de fechas de afiliación y traslado de fondos emitidos por Porvenir (archivo 10, fl. 61); formulario de afiliación a Porvenir suscrito el 21 de diciembre de 1999 (archivo 10, fl. 62); formulario de afiliación a Horizonte suscrito el 13 de julio de 1994 y el 24 de agosto de 2010 (archivo 10, fl. 63 y archivo 20, fl. 100); relación histórica de movimientos realizados en Porvenir (archivo 10, fl. 66); certificación emitida por Asofondos (archivo 10, fl. 74); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 0001); formulario de afiliación a Skandia del 26 de octubre de 2007, 23 de marzo de 2009 y 18 de diciembre de 2013 (archivo 13, fl. 35, 36, 37); estado de cuenta emitido por Skandia (archivo 13, fl. 47); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para bonos pensionales (archivo 13, fl. 59); póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia suscrito entre Mapfre Colombia y Skandia Pensiones y Cesantías (archivo 10, fl. 69 a 77 y archivo 21 fl. 28); historial de vinculaciones (archivo 20, fl. 103); condiciones particulares de técnica frente a la toma del seguro previsional (archivo 21, fl. 40).



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con



claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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 1° de octubre de 1981 al 31 de julio de 1994, tal como se advierte de la historia laboral allegada por las partes intervinientes en el litigio, para luego afiliarse a Horizonte el 13 de julio de 1994, para luego trasladarse el 21 de diciembre de 1999 a Porvenir y de allí migrar a Skandia el 26 de octubre de 2007 y retornar a Porvenir el 10 de julio de 2008, para después regresar a Skandia el 27 de marzo de 2009 y finalmente trasladarse a Colfondos, 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 Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar



que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 63 archivo 010 del expediente digital).

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 su traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., se materializó en el año 1994, *“cuando salió al mercado los fondos privados de pensiones y lo hice con la información que nos estaban suministrando en su momento, que el Seguro Social en ese entonces y hoy Colpensiones iba a desaparecer y que el gobierno no iba a tener el capital suficiente para poderle garantizar las pensiones a las personas cuando ya llegara su edad de jubilación, con base en esa información pues procedimos a hacer la afiliación a Horizonte, teniendo en cuenta que era una información que estaba generando una serie de por decirlo así, un pánico en todas las personas que estábamos en ese momento cotizando en el Seguro Social”*.

El traslado efectuado a Skandia en el año 2007, lo realizó porque dicho fondo le informó *“...que siendo un fondo, ellos tenían una mayor experiencia en el mercado colocando los dineros que ingresaban por cuenta de lo que uno aportaba mensualmente al fondo de pensiones, que en ese momento ellos eran los que tenían la experiencia a nivel mundial y ellos sabían cómo colocar los dineros en la bolsa para que tuvieran una mayor rentabilidad y que era el fondo que mayor rentabilidad estaba dando en el mercado, entonces en ese orden de ideas fue que hice la vinculación con Skandia”* y tal información se la suministraron en la empresa donde laboraba para dicha data, recibiendo los extractos de la entidad de manera trimestral.

A pesar de no haberse ejercido ningún tipo de presión a la hora de firmar los diferentes formularios de afiliación, *“seguíamos con la misma información*



de que el Seguro Social, o sea Colpensiones no iba a tener los fondos suficientes para poder garantizar las mesadas pensionales y que por eso ofrecían, cada vez, ofrecían un beneficio mayor, en el caso de Skandia como lo mencioné la mayor rentabilidad en el mercado por la colocación que ellos hacían de los dineros a nivel mundial generando un margen reducido de perdida, mientras que los otros Fondos tenían que invertir en bonos del tesoro y que el beneficio o el rendimiento que ellos iban a generar iba a ser menor”.

De los aportes realizados al extinto Instituto de Seguros Sociales, el asesor de Porvenir le informó que, *“en el momento de acercarse ya mi edad de pensión se gestionaba un bono pensional sobre los aportes que yo había hecho al seguro social durante ese transcurso y luego pasaba a ese fondo privado de pensiones”* y cuando se traslada en el año 2008 nuevamente a dicha entidad, le fue brindada asesoría por aproximadamente 10 o 15 minutos.

Cuando realizó el movimiento a Colfondos, no recuerda que el asesor le hubiese informado sobre la pensión mínima o la anticipada.

El motivo para retornar a Colpensiones es por cuanto estima que, nunca se le informó que la *“mesada pensional iba a ser muchísimo menos a lo que hoy en día podría ser a través de Colpensiones, entonces mi calidad de vida se vería en detrimento dadas las circunstancias de ese monto mensual que me generaría a mí el fondo privado de pensiones”*.

Que los beneficios que ella considera le fueron ofrecidos corresponden a la presencia en el mercado, estabilidad económica y sólida para garantizar el reconocimiento prestacional, agregando que, los entes de seguridad social *“mencionaban que ellos colocaban el dinero en bolsa y que en la medida de cómo se comportara el mercado se iba a tener un rendimiento y que ellos ofrecían el mejor rendimiento del mercado”*



Para el año 1994, cuando realiza el traslado de régimen a Horizonte, no sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen y tampoco que los aportes realizados y rendimientos generados serían la base para el reconocimiento pensional, ya que en lo tocante a los rendimientos, tuvo conocimiento, únicamente cuando el asesor de Skandia se lo informó; que para la calenda en cuestión tampoco tuvo conocimiento que los aportes podían ser heredables aunque sí le informaron que sus aportes en el RAIS serían enviados a una cuenta de ahorro individual y que en alguna oportunidad realizó aportes voluntarios.

En el formulario diligenciado ante Porvenir en el año 1999, registró el nombre de sus beneficiarios, porque *“ellos iban a ser beneficiarios para recibir en un momento determinado la mesada pensional.”*, pero no sabía que tales aportes podían ser heredables.

A su turno, la representante legal de Porvenir en su oportunidad informó no haber estado presente al momento de la afiliación de la demandante a dicha entidad, sin embargo, estimó que, *“los asesores tienen la obligación y están totalmente capacitados para brindar la información de cómo funciona el régimen de ahorro individual indicado en ahorro”*.

En cuanto a la declaración de la representante legal de Skandia, este en forma alguna dilucida o fue tendiente a esclarecer las situaciones de tiempo, modo, lugar e información suministrada a la posible afiliada previo a su traslado a dicha entidad.

Respecto a la declaración del señor Jorge Armando Cárdenas López, ex esposo de la demandante, debe resaltar la Sala, que, este informó que, fue empleado de Porvenir entre 1994 y 1997, cuando se retiró y después lo vuelven a contratar, sin que informara para qué período ocurrió tal situación, sin embargo, si señaló que, *“en su momento manejábamos dos*



argumentos, uno inicialmente que el seguro social se iba a acabar y posteriormente se comenzó a trabajar sobre los bonos que generaba, bono pensional más las cotizaciones, eso se hacía atractiva, para las personas, uno por el susto del cambio de que se acababa el seguro y segundo pues por la rentabilidad”; que se brindaba una capacitación a la fuerza de ventas, pero el argumento central era la liquidación del Seguro Social y la facilidad que se tenía con un fondo privado dado que se medía la prestación por el ahorro que se realizara y que corrían los afiliados del RPM el riesgo de no lograr el promedio necesario para pensionarse, transmitiéndole la información a su esposa, pero ella no le dijo nada al respecto.

Por otro lado, informó que le comentó a la señora, Claudia “...lo básico que estoy comentando y frente a ese tema pues ya digamos que ya se envió una persona, un vendedor de los nuestros para que le hiciera todo el procedimiento como tal, digamos que en mi caso, lo que se hizo fue hacer unos comentarios muy generales de lo que se hablaba como beneficios en su momento, pues lo veía uno muy bueno y pues por eso uno llamaba cualquier vendedor o al jefe del grupo y decía Benito que me atienden a esa persona, entonces yo personalmente a su pregunta digamos que comenté lo que le mencioné, cómo le parece que el fondo de pensiones suena interesante, pues hay que hacer algo porque pues sí se acaba el seguro pues hay que tener algo seguro, la pensión hay que buscarla, siempre hemos sido empleados y con base en eso pues uno se proyecta en el tema y puntualmente pues lo veía uno bastante atractivo que la rentabilidad, que obviamente seguro, qué la plata si cualquier cosa no sé perdía pues porque estaba respaldada por la Superfinanciera, entonces pues veía uno muy seguro el tema y ya pues solamente iba el representante a hacer, ya a presentar, esa información total y a diligenciar el formulario como tal ”.

En lo atinente a los ahorros voluntarios, este fue un tema “digamos que eso es un tema que más que informarlo, es un tema que se informó a nivel de publicidad, publicitario a los usuarios de determinados ingresos le llegaba en su correspondencia, unos volantes que le informaban el tema de la oportunidad de tener un ahorro adicional para ayudarle a sumar a la pensión que podría tener” y



esto era remitido vía correo a determinados clientes, siendo preferente la información, respecto a los afiliados que tuvieran un ingreso promedio.

Pese a lo anterior, el declarante no estuvo presente cuando el asesor de Porvenir para la época asesoró a la demandante y por tanto no tiene conocimiento de la información suministrada a ella, pero es enfático en señalar que, *“... la información era muy básica porque lo que se veía era los aportes que llegaban de su descuento de la nómina al seguro social y el aporte que en porcentajes era el mismo al Régimen Individual, puntualmente la información se tuvo, pero claramente se veía en su momento la urgencia de trasladarse a un fondo de pensiones por lo que mencionaba, en su momento, que fue año 94 como al 97 prácticamente pues ese fue el caballito de batalla que se tuvo de que se cambiara la gente porque el seguro social se acababa, la muestra está que se acabó, que cambió de nombre pero pues eso ya fue mucho después”*.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que las convocadas a juicio le hayan informado las características mínimas de los regímenes pensionales, no pudiéndose 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, tampoco se avizora una confesión por parte de la demandante, respecto a la información básica que se debía suministrar frente a su traslado, pues nótese, que ella misma informa que algunos de los datos suministrados, fueron en virtud de la asesoría brindada por Skandia, siendo el primer traslado efectuado a dicho fondo en el año 2007 y el hecho de recibir los extractos de su cuenta, en nada desdice lo dicho por la promotora litigiosa.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que, a pesar de que el ex esposo de la demandante, fuera trabajador de Porvenir para el año 1994, el primer



traslado efectuado por la demandante, no lo fue a dicho fondo, sino a Horizonte, quien mantuvo su personería jurídica hasta el año 2004, siendo los asesores y personal totalmente ajenos a Porvenir para dicha época.

Por otro lado, tampoco se puede dar por sentado que solo por el hecho que el cónyuge de la demandante, trabajara para Porvenir para el año 1994, este le hubiese informado sobre todas las implicaciones, ventajas y desventajas del traslado de régimen de la demandante, pues nótese que él mismo en su declaración informó que, de acuerdo a su conocimiento, la información dada a los posibles afiliados para la época, se limitaba únicamente a la liquidación del Seguro Social y después empezaron a trabajar o hablar sobre los bonos pensionales.

En segundo lugar, nótese que el traslado a Horizonte se efectuó el 13 de julio de 1994, y el traslado horizontal fue realizado a Porvenir el 21 de diciembre de 1999, fecha para la cual, ya hacía cinco años se había efectuado el movimiento de régimen y con el cual no se puede pretender subsanar una falencia, ya solidificada.

En tercer lugar, a pesar del vasto conocimiento del testigo frente a los traslados de régimen y características del RAIS, no se puede pretender suplir la asesoría que debe brindar el fondo privado con la información suministrada por el cónyuge o un familiar de los afiliados, pues allí se estaría trasladando el deber de información que tienen las administradoras del sistema de seguridad social en pensiones, en este caso a un tercero y tampoco, es aceptable, que se colija que la información que él tiene, fue transmitida en su totalidad a su cónyuge.

Por otro lado, pero no menos importante, él en algunas ocasiones brinda respuestas frente a su conocimiento, pero no en el caso específico de la



señora, Pinto López, y reitera que, la información de la cual es conocedor, era transmitida por “*el asesor*”.

Así las cosas 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 S.A. hoy Porvenir, 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.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, debe reprochar la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se itera, se confesó por la parte actora, lo atinente a la creación de la cuenta individual para los aportes pensionales y lo atinente a rendimientos financieros, pero, también fue certera en exteriorizar que, no le fueron informadas sobre las modalidades de pensión que existe en el RAIS, tampoco se hizo un estimativo sobre el monto de la pensión que podría obtener en dicha entidad; por lo que, a pesar de existir una información, esta fue mínima, y solo sobre temas selectivos, acreditándose la falta de información, completa, veraz a la demandante, por parte del asesor de Horizonte hoy Porvenir S.A..

Ahora bien, sea pertinente advertir, que al declararse la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Horizonte hoy Porvenir, se



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

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

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

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

(...)

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



En tal virtud, la Sala considera preciso, ordenar que la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., traslade a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales en el evento en que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo.

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

COSTAS. Las de primera instancia se revocan y en tal sentido, se ordenará al juez de conocimiento que proceda a fijar las agencias en derecho causadas. En esta instancia no se impondrá condena en costas al considerarse no causadas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 21 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CLAUDIA ALEYDA PINTO LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y**



CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A..

SEGUNDO. DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** realizado por **CLAUDIA ALEYDA PINTO LÓPEZ** del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

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

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

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

SEXTO. ABSOLVER a las demandadas, **COLFONDOS, PORVENIR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra.



SÉPTIMO. COSTAS. Sin costas en esta segunda instancia, al considerarse no causadas. Las de primera instancia deberán ser fijadas por el juzgado de conocimiento.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SANDRA CARREÑO DÍAZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

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

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

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

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



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 **SANDRA CARREÑO DÍAZ** a través de apoderado judicial, pretende se revoque en su totalidad la Resolución SUB 43866 del 17 de febrero de 2020, y en su lugar, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, junto con el retroactivo pensional, desde que cesó el pago de la prestación, los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, las costas y agencias en derecho. Igualmente, solicita se ordene a Colpensiones a desistir de cualquier diligencia penal o fiscal que hubiere adelantado fruto de la investigación que realice la empresa Adalid Sintecto 2017 (fls. 5 y 6 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que desde el año 1991 conformó una relación personal y de amistad con el señor Ricardo Hernández Rodríguez, la cual hacia el año 1995 fue formalizada ante la sociedad y sus familias, como una relación sentimental, afectuosa, de ayuda mutua, apoyo espiritual de pareja y de convivencia, la cual se prolongó hasta el 11 de marzo de 2018, data de fallecimiento del citado. Aduce que para el año 2003, decidió con su pareja comprar un lote de vivienda, con aportes efectuados por ambos



en partes iguales, a fin de obtener su casa de habitación para su proyecto de vida, respecto de la cual obtuvieron licencia de construcción de una vivienda bifamiliar hacia el año 2010, en la cual se refieren como titulares los señores Ricardo Hernández Rodríguez y Sandra Carreño Díaz.

Que el causante para el año 2006 comenzó a presentar quebrantos de salud, siendo acompañado por ella en sus noches de hospitalización, citas médicas y procedimientos por quimioterapias. Aduce que en el año 2007 el señor Ricardo Hernández Rodríguez fue intervenido quirúrgicamente, lo cual lo dejó invidente como secuela, por manera que quedó al cuidado suyo, debiéndole proveer vestuario, alimentación, curación, y todas aquellas funciones propias del socorro y la ayuda mutua. Indica que por sus compromisos laborales y el estado de salud del causante la pareja decidió que el señor Hernández Rodríguez, se trasladara a la casa de su hermana la señora Carmen Hernández Rodríguez, circunstancia que no interfirió en su convivencia, ni en su relación de pareja, pues siempre dio cumplimiento a sus deberes. Que para el cuidado del causante se le pegó una suma a su hermana, y si bien este fue pensionado por el otrora ISS mediante Resolución 59087 de 2007, lo cierto es que la mesada pensional no era suficiente para solventar sus gastos, de manera que debió asumir en condición de pareja, todos los costos de alimentación, vestuario, higiene, medicamentos y salud. Indica que el 31 de agosto de 2021, el señor Ricardo Hernández la afilió al subsistema de seguridad social en salud a través de la Nueva EPS, en calidad de beneficiaria, además, el 24 de agosto de 2012, el pensionado fallecido radicó ante Colpensiones documento de presentación de beneficiarios conforme a la Ley 1204 de 2008, en el cual estableció su voluntad que su pensión fuere sustituida a favor de ella.



Sostiene que en resolución SUB 2151 del 4 de agosto de 2018, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, decisión que se sustentó en la investigación realizada por la empresa CONSITE RM, en la cual familiares del causante al unísono dieron fe de su relación de pareja y de su convivencia, concluyendo que se acreditó la comunidad de vida de la pareja desde el año 1995 en unión libre, y a partir del 19 de abril de 2013 en matrimonio, hasta el 11 de marzo de 2018. Agrega que pasados dos años del reconocimiento pensional, Colpensiones emitió la resolución SUB 43866 del 17 de febrero de 2020, mediante la cual revocó el acto mediante el cual le concedió la prestación, con sustento en la investigación administrativa realizada por la empresa Adalid Sintecto 2017, en la cual se recaudaron las manifestaciones de dos vecinos y de la quejosa Cecilia Hernández Rodríguez, determinación que fue confirmada en Resolución DPE 8274 del 22 de mayo de 2020. Que Colpensiones compulsó copias de la actuación ante la Fiscalía General de la Nación, para que se investiguen conductas que podrían constituir estafa agravada, fraude procesal y falsedad en documento público.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda, presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, aduciendo para el efecto que mediante reporte de fecha 15 de junio de 2018, con radicado ETICO No. MW2KXL15, se evidenciaron inconsistencias dentro del reconocimiento otorgado a la señora Sandra Carreño Díaz, relativas a los testimonios allegados y a la declaración de la demandante, que en su momento presentó la solicitud de reconocimiento pensional, por manera que no se logró establecer con certeza que efectivamente haya convivido con el causante Ricardo Hernández Rodríguez durante los últimos 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento, acaecida el 11 de marzo de 2018.



Así, refiere que conforme a las conclusiones obtenidas dentro de la investigación administrativa, surtida por la Gerencia de Prevención de Fraude, se procedió a la revocatoria de la Resolución SUB_215178 de fecha 14 de agosto de 2018, pues no se hallan causados los requisitos constitutivos a efectos de ser acreedora la demandante de la pensión de sobrevivientes. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 2 a 13 archivo 011 del expediente digital).

A su turno, la vinculada a la acción, la señora **CARMEN CECILIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, solicitó su desvinculación del presente trámite, por cuanto carece de derecho a que se le adjudique pensión alguna y porque nunca ha solicitado sustitución pensional ante la entidad demandada (Archivo 023 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 12 de enero de 2021, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenar** costas a la parte demandante. (Archivo 35 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que la demandante no acreditó el requisito de convivencia exigido por la norma aplicable, que lo es la Ley 797 de 2003, pues pese a que demostró su calidad de cónyuge, en su interrogatorio de parte indicó con claridad que no convivía con



el causante, mucho antes de contraer matrimonio y específicamente desde el año 2007, cuando este quedó invidente, lo cual se reitera por los testimonios recaudados en el proceso. Agrega que los motivos dados por la activa para no convivir bajo el mismo techo con el pensionado fallecido, que lo fueron compromisos laborales, no son atendibles, porque esta laboraba en la ciudad de Bogotá y no ejercía un cargo complicadísimo que le implicara un desgaste físico o mental desproporcionado, que pusiera en riesgo la salud de su pareja, misma que tampoco requirió una cualificación para su cuidado, porque quien se encargó de ello fue su hermana, quien no estaba capacitada para el efecto. Concluye indicando que la voluntad del causante plasmada en el documento allegado ante Colpensiones, en el que expresó que la demandante era la beneficiaria de una eventual pensión, no tiene la virtud de suplir la ley.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante **SANDRA CARREÑO DÍAZ**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia que, el Juzgado de Conocimiento efectuó una indebida valoración probatoria, sobre todo en relación con los testimonios allegados al proceso, pues la propia hermana del causante manifestó que sí conocía que la pareja había contraído matrimonio. Agrega que en el interrogatorio de parte, se afirmó que la pareja sí convivía, y se proporcionaba ayuda espiritual mutua, además, existió un acuerdo entre la demandante y el causante de no convivir bajo el mismo techo, conforme al estado de salud de este y la fuerza mayor o caso fortuito que acaecía en el caso de la activa, quien debía laborar o trabajar, lo cual no desvirtúa la convivencia, como así lo ha establecido el precedente de la Corte Suprema de Justicia que no fue considerado por la falladora de primera instancia. Concluye indicando que entre la pareja existía un ánimo de unión marital, según así emana de los



medios de convicción, los cuales también dan cuenta de un crédito adquirido por ellos para su vivienda, siendo diáfano que existió una voluntad de formar un proyecto de vida, inclusive desde 1995.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: Este extremo procesal indica que el Juzgado de Conocimiento desconoció las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, en particular la manifestación de la señora CECILIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quien se retractó de las acusaciones realizadas contra la activa, argumentando que eran fruto de su imaginación, mismas que se pueden comprobar en el memorial allegado al expediente por parte de su apoderada, y que no fueron evaluadas por la juez de primera instancia, quien decidió que a la demandante no le asistía el derecho pensional porque según su apreciación, solo se buscaba el interés económico que la pensión no se perdiera o no se reconociera, tal como se puede evidenciar en la etapa probatoria. Añade que se logró establecer sin asomo de dudas, que la actora acreditó todos los requisitos para continuar siendo beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su señor esposo, acotando que el *a quo* desconoció el mutuo acuerdo al que llegó la pareja en su momento, en donde se pactó la asistencia por motivos de salud de un familiar cercano al señor Hernández Rodríguez, para el caso su hermana, la señora Cecilia Hernández Rodríguez, a quien se le pagó una contraprestación por sus servicios de asistencia para la salud de su hermano.



Parte demandada: Este extremo procesal afirma que atendiendo los elementos probatorios aportados por la señora SANDRA CARREÑO DÍAZ, sobre los cuales se buscó definir reconocimiento pensional a su favor, se tiene que no solo no hay certeza plena de los elementos constitutivos para el otorgamiento, sino que contrario a ello, se presentan inconsistencias respecto a los testimonios allegados en un principio por la parte accionante, durante la etapa de reclamación inicial, aunado a un difuso margen temporal en que eventualmente pudo darse la convivencia con el causante RICARDO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que en definitiva no permite establecer que se hayan consolidado los 5 años de conveniencia, anteriores al fallecimiento acaecido el día 11 de marzo de 2018.

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

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución SUB 215178 del 14 de agosto de 2018, la cual informa que la demandante elevó solicitud de reconocimiento pensional el 19 de mayo de 2018, folios 49 a 53 archivo 003 del expediente digital.



PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia 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*, si la señora SANDRA CARREÑO DÍAZ, en condición de cónyuge, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión a la muerte del pensionado RICARDO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor Ricardo Hernández Rodríguez, pues la misma se desprende de la Resolución 59087 del 5 de diciembre de 2007 obrante en el expediente administrativo del causante, de la que se advierte que le fue reconocida la pensión de invalidez a partir del 27 de noviembre de 2006, en una cuantía inicial de \$408.000.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso. Bajo esta premisa, en consideración a que la señora Sandra Carreño Díaz, pretende obtener la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, del señor Ricardo Hernández Rodríguez (q.e.p.d), quien falleció el 11 de marzo de 2018, según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 4 archivo 002 del expediente digital, es patente entonces, que el régimen aplicable es el previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993,



modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, inciso 3° del literal a) el cual dispone:

«Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente»

De esta manera, el reconocimiento pensional de forma vitalicia está supeditado a dos requisitos, a saber: i) edad y ii) tiempo de convivencia.

Frente al primero de los pedimentos, se constata que la fecha de natalicio de la señora SANDRA CARREÑO DÍAZ lo fue el 9 de julio de 1963, como se constata de su cedula de ciudadanía (folio 1 archivo 002 del expediente digital), lo que en suma implica que para la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 54 años de edad, cumpliendo así la solicitante la primera de las exigencias legales para acceder al derecho pensional deprecado.



En lo que respecta a la convivencia, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad artículo 13 de la ley 797 de 2003, admite, que el objetivo fundamental de la pareja es compartir en vida real y social, en este sentido la sentencia C-336 de 2014, expuso:

«El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.

(...)

Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes».

Así pues, en aras de establecer si en el caso *sub judice* la demandante logra acreditar el segundo de los requisitos que le impone la norma para ser beneficiaria de la prestación pensional, resulta preciso entrar a analizar las pruebas arrimadas al expediente digital, conforme lo establecen los artículos 60 y 61 del CPL dentro de las cuales reposan, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 1 archivo 002), registro civil de matrimonio (fls. 2 a 3 archivo 002), registro civil de defunción del señor Ricardo Hernández Rodríguez (fl. 4), copia de la cédula de ciudadanía del causante (fl. 5 archivo 002), comprobante de egreso Coopserfun (fl. 6 archivo 002), formato de novedades Nueva EPS S.A. (fl. 7 archivo 002), comunicación de presentación de beneficiarios



ante el ISS (fl. 8 archivo 002), reporte de semanas cotizadas en pensiones emanado de Colpensiones (fls. 9 a 16 archivo 002), factura de venta Coopserfun (fl. 17 archivo 002), declaraciones extra juicio (fls. 18 a 20 archivo 002), solicitud elevada ante Colpensiones (fls. 21 a 22 archivo 002), licencia de construcción 10-1-0216 (fl. 24 archivo 002), certificado de tradición matrícula inmobiliaria número 50S-4013850 (fls. 25 a 28 archivo 002), Resoluciones DPE 8274 del 22 de mayo de 2020, SUB 43866 del de febrero de 2020 y SUB 215178 del 14 de agosto de 2018 (fls. 1 a 53 archivo 003), fotografías (fls. 8 a 30 archivo 007), expediente administrativo del causante y de la demandante (carpetas CC-51692031 y CC-79561082), interrogatorio de parte rendido por la demandante y testimonios rendidos por Santos Hernández Rodríguez, David Alejandro Mejía y Carmen Cecilia Hernández (Archivo de audio 033 del expediente digital).

Por tanto, en lo que respecta a la cualificación legal de la posible beneficiaria y ahora reclamante jurisdiccional, señora SANDRA CARREÑO DÍAZ, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, se constata registro civil de matrimonio celebrado con el causante el 19 de abril de 2013 (fl. 2 archivo 002 del expediente digital), circunstancia que implica usar el criterio jurisprudencial de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral desde la sentencia Rad. 40055 de 2011 que, en síntesis, adoctrina la concesión de la prestación a la cónyuge que demuestre la convivencia en cualquier tiempo, siempre que el vínculo permanezca incólume, ello es, sin cesación de efectos civiles o divorcio.

Razón por la cual, esta Sala de Decisión entrará a dilucidar si existió convivencia de manera continua e ininterrumpida como cónyuges y, por lo tanto, si la activa es acreedora de la prestación económica por sobrevivencia, debiendo entonces demostrar que convivió y mantuvo



un nexo sentimental con ánimo de convivencia, en por lo menos 5 años, con el señor Ricardo Hernández.

Por manera que, con el propósito identificado en momentos anteriores, se descende a analizar las probanzas recaudadas a las diligencias, constatándose de las declaraciones rendidas por David Alejandro Mejía, Santos Hernández Rodríguez y Carmen Cecilia Hernández, esto dos últimos testigos en calidad de hermanos del causante (Archivo de audio 033 del expediente digital), quienes de manera invariable anunciaron conocer el vínculo matrimonial entre la pareja HERNÁNDEZ CARREÑO, sin la procreación de hijos; afirmaron además que el *de cujus* padecía una enfermedad que por virtud de un procedimiento médico le dejó invidente desde el año 2007, época desde la cual convivió con su hermana la señora Carmen Cecilia Hernández en el barrio Marco Fidel Suárez, siendo esta o su hermano Santos Hernández, quienes normalmente, acompañaban al causante a sus citas médicas o quimioterapias. Que su cónyuge, la aquí demandante, siempre ha vivido en el Barrio Castilla con sus padres e hijo; además, visitaba a su pareja cada fin de semana, porque en semana trabajaba; acotando de manera particular la señora Carmen Cecilia, que ella le arrendó un apartamento pequeño a su hermano fallecido, quien de manera mensual le entregaba una suma dineraria equivalente a \$80.000; que ella se encargaba de lavar su ropa y prepararle los alimentos, además, que el causante arreglaba su cama y se vestía solo, desconociendo qué hacía con la totalidad de la mesada pensional que él recibía.

En igual sentido, rindió su interrogatorio de parte la señora Sandra Carreño, en tanto indicó que desde el año 2008 el señor Ricardo Hernández comenzó a convivir con su hermana, conforme fue acordado por la pareja, a fin que esta atendiera sus cuidado, a cambio de una compensación económica. Que siempre ha residido en el barrio Castilla



donde convive con sus padres y su hijo. Que se visitaban cada 8 o 15 días, hasta la fecha en que al causante le ordenaron oxígeno permanente, pues desde ese momento él ya no quiso salir. Que de julio a octubre de 2007, su esposo se quedó con ella en su residencia. Que la demandante trabajó en varias empresas que se encontraban ubicadas en la ciudad de Bogotá.

Dimana de las declaraciones en referencia que si bien la señora Sandra Carreño estableció una relación sentimental con el señor Ricardo Hernández, la misma no se desarrolló como una comunidad de vida, en la que se compartiera techo, lecho y mesa, pues por lo menos desde el año 2007, la demandante y el causante residieron en casas distintas, siendo asumido el rol de cuidado y apoyo, en medio de los quebrantos de salud del señor Hernández Rodríguez, por parte de su hermana Carmen Cecilia Hernández, pues ello es lo que de manera unánime refieren tanto la activa, como los testimonios recaudados en las diligencias.

De suerte que, no puede concluirse como se pretende en la alzada, que en efecto la demandante acreditó los 5 años de convivencia en cualquier tiempo que le exige la norma que regenta el caso, para reconocerla como beneficiaria de la prestación que reclama; requisito que si bien pudo consolidarse en tiempo anterior al año 2007, tampoco se encuentra acreditado por las declaraciones en referencia, pues nótese que cada una de ellas, se centró en referir lo ocurrido entre la pareja desde que el *de cujus* adquirió la calidad de invidente, no siendo dilucidado por ninguno de los testigos, e incluso por la demandante, en dónde y con quién convivió el señor Hernández Rodríguez, desde el año 1991 -data en la cual la pareja se conoció- y hasta la anualidad en la que el pensionado fallecido enfermó, que según sus dichos lo fue en el año 2007.



Dicha conclusión, no sufre ninguna modificación, aun si se analizan las distintas declaraciones extra juicio que fueron allegadas a folios 18 a 20 archivo 002 y al expediente administrativo, pues aunque en ellas, los señores Santos Hernández Rodríguez, David Alejandro Mejía Carreño e incluso, el propio causante antes fallecer, específicamente, el 24 de agosto de 2012, indicaron que la pareja conformada por este y la demandante, convivió bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa por más de 23 años o desde el 22 de marzo de 1991, lo cierto es que tales afirmaciones se encuentran claramente desvirtuadas, porque como se anotó, tanto el señor Santos Hernández Rodríguez como el señor David Alejandro Mejía, e igualmente, la demandante en diligencia de interrogatorio de parte, fueron claros en señalar que desde el año 2007, la pareja se frecuentaba de manera semanal o quincenal, teniendo cada uno su residencia en viviendas disímiles, siendo diáfano que lo dicho por los testigos y el pensionado por vía extraprocesal no se encuentra ratificado en el presente trámite.

Ahora, aunque la demandante indica que la convivencia en residencias distintas tuvo lugar por acuerdo con su pareja, dado su delicado estado de salud y los compromisos laborales que estaban a cargo de ella, ha de advertir la Sala que tal y como lo resaltó el Juzgado de Conocimiento, ese acuerdo entre la pareja no tiene la virtud de suplir la ley aplicable al caso, la cual, se *itera*, exige el requisito de convivencia por el término de 5 años en cualquier tiempo a quien reclama en calidad de cónyuge, y si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido que ciertas separaciones físicas, por razones de salud, laborales, económicas o legales, no rompen necesariamente el vínculo afectivo, ni la vocación de convivencia que se puede predicar de quienes deciden consolidar su unión de pareja, lo cierto es que en el caso objeto de estudio no se constatan circunstancias que ameritaran esa separación,



porque los trabajos que la demandante refirió en su interrogatorio, en los que se desempeñó como Analista de Expedientes y Asistente Administrativa, todos ellos en la ciudad misma ciudad de residencia de su esposo, no considera la Sala que impidieran la convivencia con el causante, quien aunque era invidente, tampoco se constata que requiriera su permanencia en una institución especial o que debía ser cuidado por una persona calificada, porque como lo resaltó el *a quo*, fue su propia hermana quien se encargó de asistirlo en su enfermedad, función esta que no cumplió la demandante, pese a tener la calidad de consorte del pensionado fallecido.

Por tanto, contrario a lo referido en la alzada, en el *sub examine* el Colegiado no observa que la separación física de los consortes, obedeciera a razones de salud, de trabajo, económicas o incluso de fuerza mayor o caso fortuito atendibles, para efectos de conceder el derecho deprecado, menos aun cuando de las pruebas no se denota que la relación de pareja se caracterizara por la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva, pues, como bien lo refirió la testigo Carmen Cecilia Hernández, fue ella quien en los últimos 11 años de vida del causante, se encargó de su cuidado, alimentación, acompañamiento, e incluso limpieza, que si bien pudo ser asumido en algún momento por la demandante, ello solo tuvo lugar en los momentos que esta lo visitaba cada 8 o 15 días.

Finalmente, resalta la Sala que no se desconoce que la demandante y el señor Hernández Rodríguez en conjunto adquirieron un terreno en el que pretendieron construir una edificación de uso bifamiliar, como emana de los legajos militantes a folios 23 a 28 archivo 002 del



expediente digital, en donde tal vez planearon consolidar su relación sentimental, no obstante, de los medios de convicción es claro que ese presunto proyecto no se concretó, porque ni siquiera obra probanza que acredite a lo menos, que esa edificación en efecto se construyó.

Por manera que, ningún reproche merece la decisión impartida por el Juzgado de Conocimiento, dado que en el presente caso no se logra acreditar por la convocante los 5 años de convivencia con el señor Ricardo Hernández Rodríguez en cualquier tiempo.

Dimanando en la confirmación de la sentencia aquí estudiada.

COSTAS.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 12 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **SANDRA CARREÑO DÍAZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, 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 costas a cargo de la parte activa.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DEL PONENTE

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ETELVINA SÁNCHEZ ARAGÓN** CONTRA **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PEBNSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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 **ETELVINA SÁNCHEZ ARAGÓN** a través de apoderada judicial, pretende se condene a la demandada a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez post mortem causada a favor de su compañero permanente, el señor ERVIN PORTO ROMERO, desde la fecha de la última cotización, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas reconocidas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 38 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 39 archivo 001 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que el señor Ervin Porto Romero se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde el 5 de septiembre de 1984 hasta el 30 de marzo de 2013, cotizando un total de 344,57 semanas ante Colpensiones. Que el 18 de agosto de 2020, este solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, misma que le fue negada por la encartada en Resolución SUB 190939 del 8 de septiembre de similar año. Indica que su compañero padecía una enfermedad degenerativa y presentaba una pérdida de capacidad laboral del 51,16%, con fecha de estructuración del 1º de abril de 2019, la cual le generó la muerte el 19 de agosto de 2020. Aduce que el afiliado fallecido cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de su última cotización, esto es, del 30 de abril de 2013 y el 30 de abril de 2010. Que cumple con los presupuestos preestablecidos para sustituir la pensión de invalidez post mortem del señor Ervin Porto Romero.

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



considerar en esencia, que el afiliado fallecido no cuenta con 50 semanas de cotización anteriores a la fecha de la estructuración de su invalidez, pues pese a que cotizó un total de 344 semanas, dentro del período comprendido entre el 1° de abril de 2016 y el 1° de abril de 2019, no efectuó ningún aporte. Agrega que tampoco le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, porque dentro del año anterior a su deceso, no cotizó 26 semanas. Concluye que no se reúnen las condiciones para dar aplicación a la jurisprudencia que desarrolla el reconocimiento pensional a favor de personas que padecen una enfermedad degenerativa, progresiva o congénita. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 2 a 11 archivo 004 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 17 de enero de 2022, **absolvió** a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la actora y le condenó en costas a la activa (Archivo 015 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez del causante, no se acreditan 50 semanas de cotización, no reuniendo los requisitos previstos por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, ni mucho menos demuestra 26 semanas dentro del año anterior, luego tampoco se constata causada la prestación reclamada, a la luz del principio de la condición más beneficiosa. Añade que no se cumplen los supuestos previstos por la jurisprudencia en relación con las enfermedades



degenerativas, pues si bien la Corte Suprema de Justicia estableció que se presume que en la última cotización la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió al afiliado seguir trabajando, lo cierto es que ello constituye una presunción *pro homine* que puede ser desvirtuada, como ocurre en el presente caso, dado que no existe prueba alguna que de cuenta que para el año 2013 las patologías del causante hayan comenzado, pues se tiene noticia de ellas desde el año 2019. Concluyendo que la falta de cotización entre los años 2013 y 2019 no resulta imputable a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante **ETELVINA SÁNCHEZ ARAGÓN**, formuló recurso de apelación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, el causante padecía una enfermedad degenerativa que se venía causando a lo largo del tiempo, por manera que se debe dar aplicación a la sentencia T-057 del 2017, en la cual se establece que para definir la fecha de estructuración, se deben considerar tres eventos, como lo son la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, la fecha de la última cotización y la fecha de la solicitud de reconocimiento pensional. Indica que si bien en el dictamen de PCL se solo refieren sus antecedentes a partir del año 2019, ello se debe a que el causante no tenía actualizada su historia clínica, empero, no debe dejarse de lado que la enfermedad que padeció fue degenerativa, y que por su causa tuvo lugar su fallecimiento.

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: Este extremo procesal afirma que el causante no acredita 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, que para el caso se determinó el día 1° de abril de 2019, y que en retrospectiva comprendería hasta el 1° de abril de 2016. Añade que en cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez frente a las personas que padezcan enfermedades progresivas, degenerativas o congénitas, y que acrediten los requisitos para la fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, se contará el periodo de tres años a partir de la fecha del citado dictamen, y en tal orden aplicado lo anterior al caso, dicho margen de tiempo se comprendería entre el 4 de junio de 2017 y el 4 de junio de 2020, dentro del cual, conforme al reporte de semanas cotizadas, se evidencian cero semanas reportadas dentro de este periodo, por manera que no es dable el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del causante ERVIN PORTO ROMERO, no dejando este causado un derecho a beneficio de la aquí demandante.

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

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución SUB 241548 del 9 de noviembre de 2020, la cual informa que la demandante elevó solicitud de reconocimiento pensional el 19 de agosto de símil año, folios 17 a 24 archivo 001 del expediente digital.



PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda, los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia y las inconformidades del recurso de alzada, procede la Sala a determinar cómo problema jurídico a resolver, si el señor ERVIN PORTO ROMERO (q.e.p.d.) al padecer una enfermedad degenerativa, a la fecha de su fallecimiento dejó causada la pensión de invalidez, y en caso afirmativo, dilucidar si la demandante es beneficiaria de la prestación de sobrevivientes en condición de compañera permanente.

PENSIÓN DE INVALIDEZ-POST MORTEM

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del señor Ervin Porto Romero (fl. 3 archivo 001), documento de identificación de la señora Etelvina Sánchez Aragón (fl. 4 archivo 001), historia laboral del causante emitida por Colpensiones (fls. 5 a 8 archivo 01 y fls. 12 a 17 archivo 004), dictamen de pérdida de capacidad laboral emitida por Colpensiones (fls. 9 a 15 archivo 001), Resoluciones SUB 241548 del 9 de noviembre de 2020 y DPE 16025 del 27 de noviembre de 2020 (fls. 16 a 24 y 31 a 37 archivo 001), recurso de apelación formulado contra la Resolución SUB 241548 del 9 de noviembre de 2020 (fls. 25 a 30 archivo 001), registro de defunción del causante (archivo 011) y expediente administrativo; probanzas de las cuales se colige, que al señor Ervin Porto Romero se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 51,16% con fecha de estructuración 1º de abril de 2019, por los diagnósticos de Gota, Hipertensión esencial y otras anemias, todos ellos de origen común, los cuales fueron catalogados bajo el tipo de enfermedad degenerativa, progresiva y crónica (fls. 9 a 15 archivo 001),



en igual sentido, se acredita que el causante aportó a Colpensiones un total de 344,57 semanas entre el 5 de septiembre de 1984 y el 30 de abril de 2013 (fls. 5 a 8 archivo 001) y falleció el 19 de agosto de 2020 (archivo 011); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

La Sala procede a desarrollar el problema jurídico planteado en líneas anteriores, para lo cual es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta en el *examine*, el 1º de abril de 2019, como da cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral del causante (fls. 9 a 15 archivo 001), por lo que le era aplicable el régimen previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que estipula:

«ARTÍCULO 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

(...).».

Es así, que tal y como lo indicó el Juzgado de Conocimiento, y lo acepta la misma demandante, se tiene de la revisión de la historia laboral del señor Ervin Porto Romero allegada por Colpensiones que, este no cotizó cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez,



es decir, del 1° de abril de 2019 al 1° de abril de 2016, dado que su última cotización data del 30 de abril de 2013.

Es por ello, que la activa solicita en su *libelo genitor* y en su recurso de alzada que el conteo de las semanas mínimas exigidas por la normatividad *ejusdem*, se efectúe teniendo en cuenta que este padeció una enfermedad degenerativa, la cual debe atender los diferentes momentos definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Al punto, ha de rememorarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL781-2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, al referirse al conteo de semanas de cotización para efectos de la pensión de invalidez en tratándose de enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas, moduló:

«Ahora bien, respecto de las enfermedades catalogadas como crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, rememorada en la CSJ SL1002-2020, varió su línea de pensamiento en lo relativo a cuál es el momento desde cuándo debe contabilizarse la densidad de aportes o semanas válidas que den lugar a alcanzar el derecho a la prestación originada en una de estas particulares contingencias.

Es así, como en la primera de las providencias antes citadas, reiterada en la CSJ SL4567-2019, se sostuvo que de acuerdo a las peculiaridades que en cada caso se evidenciaran, era dable tener en cuenta, no solo la fecha en que se estructuraba la invalidez (regla general), sino también «(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando», para lo cual se sostuvo como fundamentos, entre otros los siguientes:

[...] en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, se profirió la Ley 100 de 1993, que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal, es decir, comprende las obligaciones del Estado y de la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las contingencias derivadas de la vejez, la salud, la invalidez y la muerte, que pueden



afectar la calidad de vida de una persona acorde con el principio de la dignidad humana (artículo 152 de la Ley 100 de 1993).

Precisamente, en amparo del riesgo de invalidez se dispuso la creación de una pensión a favor de la persona que ha perdido su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital, permitiendo el acceso a un ingreso vinculado con la preservación de una vida digna y de calidad.

De esta manera, resulta obligación del Estado proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad; así mismo, resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven sometidas, pues es a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, que el legislador ha ido a la par de dichas prerrogativas, con la expedición de las Leyes 1046 y 1306 de 2009, y 1618 de 2013, con el fin de establecer un modelo de inclusión social para superar las barreras a las que dicha población está sometida.

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisarse, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarnos frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen.

Lo anterior tiene razón de ser por cuanto, en tratándose de padecimientos que pueden catalogarse como crónicos, como los del sub examine, sus efectos son mediatos, en razón a presentarse en un periodo de tiempo prolongado, de tal suerte que el asegurado conserva una cierta capacidad para seguir laborando por determinado lapso temporal, aun después del diagnóstico, la que sin lugar a dudas no se puede soslayar, puesto que sería desconocer principios y normas de



rango constitucional que consagran el derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión». (Subraya fuera de texto).

De conformidad con la anterior posición jurisprudencial, es claro que frente a las situaciones especiales anotadas, en donde la pérdida de capacidad laboral va teniendo una disminución paulatina, en razón al tipo de enfermedad, las reglas para contabilizar las semanas de cotización para efectos pensionales, no deben atender de manera irrestricta la fecha de estructuración, en tanto deben considerarse los aportes que se hayan realizado con posterioridad, e incluso, puede tomarse como punto de partida para el cómputo de los mismos la fecha de calificación del asegurado, la data de la reclamación de la prestación o la calenda de la última cotización, como quiera que resulta razonable entender que la patología pueda darse o presentarse en cualquiera de los momentos e mención, impidiendo o limitando que el afiliado pueda ser laboralmente productivo, al punto que adquiera la condición invalidante.

Atendiendo lo dicho, y después de un análisis minucioso de los elementos de convicción, ha de indicar el Colegiado, que contrario a lo pretendido en la alzada, en el *sub judice*, no es posible alterar la data en que Colpensiones dictaminó que surgió la pérdida de capacidad laboral del señor Porto Romero, para ubicarla en la calenda de la última cotización, esto es, el 30 de abril de 2013, pues como bien lo advirtió el Juzgado de Conocimiento, no existe evidencia alguna en las diligencias que permita constatar la existencia de sus patologías para la fecha en mención.

Nótese que en la extensa historia clínica obrante en el expediente administrativo, e incluso en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emanado de Colpensiones, nada se refiere en cuanto a los antecedentes de sus enfermedades, la fecha de diagnóstico o algún dato específico que permita avizorar que en efecto el causante desde el 30



de abril de 2013, padecía los diagnósticos de gota, hipertensión esencial y otras anemias, lo cual no puede ser concluido por el simple hecho que tales padecimientos hayan sido calificados como de tipo degenerativo, en la medida que se requiere el diagnóstico médico que de manera diáfana así lo determine.

Adviértase que, por ejemplo en el dictamen de pérdida de capacidad laboral datado 4 de junio de 2020 (fls. 9 a 15 archivo 001 del expediente digital), en el acápite de historia clínica, se refieren las distintas valoraciones que le fueron realizadas al afiliado fallecido desde el 5 de febrero de 2019 por las especialidades de Ortopedia de Mano, Medicina Interna, Valoración Terapia Ocupacional, Cirugía Plástica y Medicina General, en las cuales si bien se menciona que presentaba como diagnósticos absceso cutáneo, forúnculo y antrax de sitio no especificado, celulitis de miembro superior derecho, artritis gotosa, falla renal aguda y síndrome anémico transfundido, lo cierto es que nada se refiere en cuanto a que tales padecimientos afectaran la salud del causante desde el año 2013, circunstancia que impide a la Sala concluir que la cesación en sus cotizaciones hacia el mes de abril de la mentada anualidad, obedeció a la complicación de los mismos, que devinieron en la pérdida de su capacidad laboral.

Conforme a lo dicho, fácilmente se observa, que no se equivocó la sentenciadora de primera instancia al negarse a variar la calenda a partir de la cual se propuso hacer el conteo de semanas para efectos de reconocer la pensión de invalidez reclamada en el libelo genitor, puesto la activa no cumplió con su carga de demostrar los supuestos de hecho en que sustentó sus pretensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del CGP, no pudiendo por ello perseguir que el Colegiado, con base en suposiciones, concluyera que las enfermedades del señor Evin Porto Romero se remontaron al 2013, solo por ser del tipo degenerativo.



Así las cosas, no le queda otra senda diferente a la Sala que confirmar la sentencia aquí estudiada, pues no se constata que el afiliado fallecido haya dejado causada su pensión de invalidez a la fecha de su deceso, lo cual a su vez, impide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada.

COSTAS.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ETELVINA SÁNCHEZ ARAGÓN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, 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, costas a cargo de la demandante.



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

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOAQUÍN CAMILO BLEIER CABALLERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Iván Dario Blanco Rojas, identificado con C.C. No. 80.221.256 de Bogotá y portador de la T. P.

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»



No. 205.113 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de Colpensiones, conforme al poder de allegado 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 MARIA CLAUDIA MESA SERRANO, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado el 1° de enero de 1998 a Porvenir S.A., al no haber estado precedido con la suficiente información; se ordene a las demandadas a realizar las gestiones administrativas para declarar ineficaz el traslado.

Consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante; a la entidad del RPM a recibir sin solución de continuidad al trabajador y se corrija la historia laboral; se condene al pago de las costas y gastos y a los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 3 del archivo 03 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 10 de febrero de 1956; que se afilió al RPM el 1° de enero de 1998; que es Colpensiones quien debe recibir al afiliado; que el 1° de enero de 1998 se trasladó a Porvenir S.A. pero sin contar con la información idónea para ello; que cotizó al RAIS un total de 1118 semanas; que se debió informar al trabajador la imposibilidad de retornar al RPM cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para



adquirir el derecho a la pensión; que la mesada pensional entre uno y otro régimen es disímil; que elevó derecho de petición ante Porvenir y Colpensiones el 1° de octubre de 2020 solicitando la ineficacia del traslado.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, no obra prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o exista algún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (archivo 08, del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado en el año 1998 estuvo precedido de la voluntad y una decisión libre e informada del afiliado. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 11 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 1° de diciembre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia de la afiliación



efectuado por el demandante; **declaró** que el demandante se encontraba afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **ordenó** a Porvenir trasladar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual que hubiese realizado el afiliado; **ordenó** a Colpensiones recibir las sumas de dinero provenientes del RAIS; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Si nos remitimos al interrogatorio de parte el despacho debe apartarse de la tesis que plantea el doctor Santiago apoderado Porvenir, ello en la medida que si bien es cierto el demandante reconoce que le indicaron que estuvo al momento de trasladarse habría ido pues una pensión construida a partir del ahorro y a partir de los rendimientos y si bien es cierto él refiere haber leído el documento y recibir extractos de tales afirmaciones o aceptaciones expresas por parte del demandante, no puede predicarse que con estas simples algunas características del sistema conlleve a que se indicó al demandante cuáles eran las consecuencias que implicaba para su traslado la configuración de los requisitos pensionales, nótese como para él no era claro cómo se conformaba el derecho pensional en el RAIS, en el régimen de prima media, como tampoco se dan cuenta de elementos o características mucho más profundas en el régimen de ahorro individual con solidaridad que haya conocido el demandante o que le hayan sido objeto de asesoría, es por tal razón que tampoco sé confiesa por la parte demandante en el tema relativo a las consecuencias del traslado...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que las pruebas para demostrar la falta de información suministrada a la hora del traslado, dado que, no se pueden exigir pruebas adicionales al formulario de afiliación, para la época en que fue efectuado el trámite; que, con el interrogatorio de parte, se puede constatar que la AFP si le brindó la debida asesoría al demandante; que el demandante ratificó su deseo de permanecer en la entidad al permanecer por más de 20 años en ella; que se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM; que el monto de la mesada pensional no es un hecho que configure una nulidad o ineficacia del traslado efectuado; que tampoco es viable ordenar la



devolución de comisiones de administración, al ser un concepto legalmente autorizado para descontar; que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones si se ordena la devolución de este emolumento; que se ha configurado la prescripción frente a la devolución de las comisiones, al no ser parte integral de la pensión.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que el retorno del demandante al RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y encontrarse incurso en una prohibición legal para ello, al faltarle menos de 10 años para el reconocimiento pensional; que no se puede alegar falta de conocimiento, dado que, las normas son públicas y de obligatorio cumplimiento; que la AFP cumplió con los requisitos legales para la época del traslado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La parte **demandante**, solicita se confirme la sentencia emitida al no encontrarse acreditado que Porvenir hubiese suministrado la información suficiente al actor al momento de su traslado, de conformidad con lo dispuesto respecto a la carga dinámica de la prueba; que el monto de la mesada pensional dista entre uno y otro régimen pensional.

A su turno, el apoderado de **Porvenir**, reclama la revocatoria de la sentencia, al considerar que, no se encuentra acreditado ningún vicio



del consentimiento con el cambio de régimen y por tanto el traslado es eficaz; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume auténtico y el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria en el año 1998; que la actora exteriorizó su deseo de permanecer en el RAIS, al permanecer por más de 23 años afiliada a la entidad; que no es viable imponer cargas distintas a las vigentes para la fecha del traslado y finalmente, que, ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto configura un enriquecimiento sin causa.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria del fallo, al estimar que no se cumplen los requisitos legales para regresar al Régimen de Prima media por parte de la actora; adicionalmente, que no se avizoran causales de nulidad conforme a los lineamientos civiles; en tercer lugar, que resulta desproporcional invertir la carga de la prueba y la declaratoria de ineficacia generaría una descapitalización del sistema pensional, por lo que, en su sentir, también debe estudiarse la prescripción y caducidad de la acción.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 58 del



archivo 03 del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 1° de octubre de 2020.

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 el señor Joaquín Camilo Bleier Caballero 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 la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 30 archivo 03 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 31 archivo 03 y fl. 87 del archivo 11 del expediente digital); simulación pensional efectuada por Porvenir (fl. 37 archivo 03 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas en Pensiones (fl. 41 archivo 03 del expediente digital); peticiones incoadas ante Porvenir y Colpensiones (fl. 46 y 58 archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 59 archivo 03 del expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 62 archivo 03 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 63 archivo 03 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 64 archivo 03 del expediente digital); relación histórica de movimientos Porvenir (fl. 71 archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 93 archivo 03 del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 09 del expediente digital).

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



imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para



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

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la



medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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

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



solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado 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 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 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 el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de mayo de 1986 al 31 de diciembre de 1997, tal como se advierte de la historia laboral acopiada tanto por el demandante como por Colpensiones, para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 9 de noviembre de 1998 (fl. 66 del archivo 11 del expediente digital), fondo, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en informar que, *“pues en esa época año 98 se presentó una persona de Porvenir a la oficina, hizo*



un traslado de varias cuentas desde el instituto de seguro social a Porvenir y yo pues participé de eso porque, pues las condiciones que nos ofrecieron eran mucho más benéficas que las que tenía el seguro social y la condición del fondo de pensiones parecía muchísimo mejor que la que era el seguro social en ese momento”.

Que el asesor le informó que las semanas cotizadas al extinto Instituto de Seguros Sociales no se perderían, “*que había continuidad*”; que se abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre, así como, la generación de rendimientos respecto a los aportes que realizara y que la pensión se dependería del capital que ahorrara, que firmó en forma libre y voluntaria el formulario de afiliación y ha recibido los extractos de su cuenta, pero no recuerda si le hablaron de la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

Pero disiente respecto a la información o posibilidad de heredar las cotizaciones por parte de sus beneficiarios, así como, tampoco le informaron cuáles eran los requisitos para ser acreedor al reconocimiento pensional tanto en el RPM como en el RAIS; ni que podría pensionarse en forma anticipada.

El motivo para retornar a Colpensiones es por cuanto considera que, “*las condiciones son muchísimo mejor en Colpensiones que en Porvenir, Porvenir está más que todo dedicado a cuidar sus propios intereses económicos y no el de los afiliados, el rendimiento no ha sido bueno y lo que ofrecen, las condiciones hoy en día no son buenas y las de Colpensiones son mejores, para a mi modo de ver y que yo no fui debidamente informado, me parece que es irresponsable de parte de Porvenir ese manejo de afiliados*”

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues se puede constatar que no le informaron respecto a las características mínimas 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 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 del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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 las demandadas, 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.

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

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.



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

COSTAS.

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor del demandante, Joaquín Camilo Bleier Caballero, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 1° de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOAQUÍN CAMILO BLEIER CABALLERO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR.**

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, looping flourish above the name.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luís Alfredo Barón Corredor', with a large, looping flourish above the name.

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, looping flourish above the name.

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 del demandante, JOAQUÍN CAMILO BLEIER CABALLERO, en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, larger signature in black ink.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **ARMANDO FLÓREZ PINZÓN** 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 treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Belcy Bautista Fonseca**, identificada con cedula de

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

2

ciudadanía No. 1.020.748.898 de Espinal Tolima y tarjeta profesional 205.907 del C.S. de la J., para que actúe en representación Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ARMANDO FLÓREZ PINZÓN** a través de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por omisión en el deber de información; como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP Porvenir S.A. su traslado en pensiones junto con los aportes y rendimientos consignados en su cuenta de ahorro individual; ordenar a Colpensiones aceptar su traslado como administrador del Régimen de Prima Media con prestación Definida, al igual que acreditar en su historia laboral las semanas de cotización comprendidas entre el mes de agosto de 1979 y el mes de diciembre de 1994 a cargo del empleador Procesar Ltda. en Liquidación, las cuales se encuentran en mora, o liquidar y expedir el comprobante, para su respectivo pago conforme al proceso de recuperación de semanas; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 2 y 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 7 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 2 de julio de 1957. Que en el mes de julio de 1975, comenzó a efectuar aportes al otrora ISS. Que el 1° de mayo de 2004, se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, motivado en una simulación pensional que le efectuó su asesor comercial, según la cual su pensión sería mayor a la obtendría en el RPM, de la que no se le entregó copia, dado que, según la citada, la asesoría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que le fue dada se efectuó de manera verbal. Aduce que nunca ha recibido ningún tipo de información sobre los parámetros de cálculo de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional, antes del año 2018. Indica que Porvenir no le asesoró sobre su posibilidad de retornar al RPM con prestación definida hasta el 2 de julio de 2009. Que conforme a las diferencias entre el monto pensional que se obtendría en uno u otro régimen, solicitó su traslado a Colpensiones, mismo que le fue negado bajo el argumento que le faltaban 10 años o menos para adquirir la edad mínima de pensión. Que Porvenir tampoco le informó que los aportes reportados en su historia laboral no coincidían con el total de períodos por él laborados y que por ello, no era viable trasladarse de régimen en cualquier tiempo, conforme al precedente jurisprudencial desarrollado en torno al tema. Señala que Porvenir se negó a desplegar trámite de recuperación de semanas, argumentando que las mismas corresponden a periodos anteriores a su afiliación a dicha administradora, solicitud a la cual también se negó Colpensiones, aduciendo que tal gestión correspondía a la AFP Porvenir, lo cual le ha impedido retornar el RPM en cualquier tiempo.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, la vinculación de la parte demandante con la AFP en el año 2004 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que tal decisión fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación 10666931 que este suscribió - 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 conforme a los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Agrega que la accionante recibió asesoría íntegra, veraz y oportuna sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó



prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 184 a 203).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, no obra prueba que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la activa; al contrario se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls. 140 a 159).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 4 de agosto de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS el 31 de marzo de 2004, por intermedio de la AFP Porvenir S.A.; **declarar** que el demandante se encuentra afiliado a Colpensiones como administradora del RPM; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración; **ordenar** a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, reactivar la afiliación del actor y realizar las gestiones de cobro para que los ciclos en mora del período comprendido entre el 1° de enero de 1979 al 31 de diciembre de 1994, se reflejen en la historia laboral y su recaudo haga parte del RPM, para lo cual podrá repetir en contra de Porvenir por las omisiones que eventualmente se hayan generado en la gestión de cobro de estos ciclos; **ordenar** a la AFP Porvenir realizar el traslado de las cuotas de administración por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado y a cargo de su propio patrimonio, para lo cual se conmina a Colpensiones a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas; **declarar** no probadas las excepciones de prescripción y de inexistencia del derecho; **condenar** en costas a la Porvenir S.A. (Cd. a folio 266).

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 haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Agrega que correspondía entonces a ambas demandadas realizar las gestiones de cobro de los períodos del actor reportados en mora en su historia laboral, mientras este estuvo afiliado a cada una, sin embargo, al retrotraerse la afiliación al RPM tal obligación retrona a Colpensiones, pudiendo repetir la citada en contra de Porvenir, por su omisión mientras el accionante estuvo vinculada a esta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado. Agrega que el demandante no buscó asesoría sobre el traslado de régimen, pese a que le asisten obligaciones en calidad de consumidor financiero a la luz del Decreto 2550 de 2010. Acota que para esa época no se exigía documentar por escrito la asesoría brindada y bastaba la suscripción del formulario de afiliación, en el cual consta que se le informó sobre las implicaciones del traslado en relación con el régimen de transición, al igual que sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS, su forma de financiación y el derecho al retracto que podía ser ejercido en un término de 5 días, siguientes a la suscripción del formulario, por manera que su traslado es plenamente válido y eficaz, el cual en todo caso se encuentra ratificado, dada su permanencia en la AFP por más de 20 años, sin manifestar inconformidad. Indica que no es procedente la devolución de los gastos de administración, conforme a lo indicado en la Ley 100 de 1993 y lo referido por la Superintendencia Financiera, a más que los mismos constituyen una retribución por su buena gestión sobre la cuenta de ahorro individual del demandante, la cual reportó un incremento en su capital, siendo claro que su devolución representa un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Aduce que no es procedente la condena en costas impartida en su contra, ya que siempre dio cumplimiento a la normatividad vigente y respetó la autonomía de la voluntad de las partes, sumando a ello que, el valor de las agencias en derecho reconocido por el Juzgado de Conocimiento resulta desproporcionado.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

7

de disidencia que la decisión del *a quo* puede estar causando una afectación económica a la entidad, toda vez que se desconoce si los aportes del actor que le serán entregados, son suficientes para un eventual reconocimiento pensional. Añade que la inversión de la carga de la prueba a la que alude la Corte Suprema de Justicia, tiene lugar únicamente en los casos en los cuales se ven afectadas expectativas legítimas o derechos ya consolidados, y no en situaciones en las cuales el afiliado se encontraba en plena construcción de su derecho pensional, como es el caso del actor, resultando desproporcionado no exigir de este la demostración de su manifestación, relativa a que no se le brindó la debida asesoría. Concluye advirtiendo que cuando el actor en su interrogatorio de parte afirmó que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, es posible inferir que se le suministró la información a que había lugar, para que naciera el acto jurídico celebrado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que nunca recibió por parte de la administradora del RAIS información suficiente, clara, oportuna, transparente, para tomar la decisión de optar por el régimen de pensiones que mejor consultara sus intereses. Añade que está plenamente probado y así lo apreció el Juez de primera instancia, el incumplimiento de COLPENSIONES y de PORVENIR a su deber legal de adelantar las gestiones de cobro en interés del actor, cuando se encontraba afiliado a esas entidades, por lo que la decisión debatida debe ser confirmada por el Tribunal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

8

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que 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, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, no se evidencia reclamación elevada ante Colpensiones en la cual se haya solicitado la ineficacia del traslado, por lo que se entiende su agotamiento con la presentación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 ARMANDO FLÓREZ PINZÓN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, documento de identificación del accionante (fl. 46), historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fls. 47 a 50 y 223 a 248), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 51 a 55 y Cd. a folio 164), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 56 a 84 y 103 a 114), simulación pensional (fls. 84 a 100), formulario de afiliación a Colpensiones y su respuesta negativa (fls. 101 a 102), historial de afiliación SIAFP ASOFONDOS (fls. 220 a 221), formulario de afiliación a las AFP Porvenir y certificación de vinculación (fl. 222 y vuelto), historia laboral válida para bono pensional (fls. 249 a 251), comunicados de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prensa (fls. 251 vuelto a 256), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd. a folio 263).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Ren 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».



33201900331 01

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



33201900331 01

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



33201900331 01

a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

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



33201900331 01

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 conjuge 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



33201900331 01

permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



33201900331 01

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.



33201900331 01

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

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

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

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

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 9 de junio de 1975 hasta el 30 de abril de 2004, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Cd. a folio 164), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 31 de marzo de 2004 (fl. 222), fondo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación militante a folio 222 vuelto; 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 al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 222).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que cuando se trasladó a la AFP Porvenir, el asesor de la citada, con base en unos cálculos que este efectuó, le indicó que era mucho más beneficioso vincularse al RAIS, dado que allí podría obtener una pensión superior al 75% del último salario devengado, sin embargo no le entregó constancia de esos cálculos. Adujo que leyó el formulario de afiliación, además que le habló de un bono pensional, así como de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los aportes voluntarios, pero le aconsejó no realizar estos últimos porque no era conveniente ante sus altos ingresos (Cd. a folio 263).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues pese a que sí se le indicaron algunas características del RAIS al demandante, lo cierto es que tal asesoría no cumple la condición de ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

completa en los términos de la jurisprudencia, 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 que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora 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 el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de la administradora de fondos de pensiones, quien logró rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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



33201900331 01

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

Se aclara que, 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.

Finalmente, se resalta que tampoco merece ningún reproche la orden dada por el *a quo* relacionada con el despliegue de las acciones de cobro por parte de Colpensiones, sobre ciclos en mora que se reporten respecto de los empleadores del actor, una vez este retorne como afiliado ante la encartada, puesto que ello corresponde a una obligación que debe ejecutar la citada respecto de sus asegurados, por disposición de la Ley 100 de 1993.

COSTAS

La demandada Porvenir S.A. manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada el Juez de primer grado acertó al imponer condena en costas a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cargo de la AFP Porvenir, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas, cuyo monto no debe ser objeto de revisión en esta decisión, por cuanto el momento procesal para ello, lo es el recurso de apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, en los términos de la normatividad *ejusdem*.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 4 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ARMANDO FLÓREZ PINZÓN** contra **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 condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

28

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 S.A. 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 **JOAQUÍN CAMILO BLEIER CABALLERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Iván Dario Blanco Rojas, identificado con C.C. No. 80.221.256 de Bogotá y portador de la T. P.

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»



No. 205.113 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de Colpensiones, conforme al poder de allegado 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 MARIA CLAUDIA MESA SERRANO, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado el 1° de enero de 1998 a Porvenir S.A., al no haber estado precedido con la suficiente información; se ordene a las demandadas a realizar las gestiones administrativas para declarar ineficaz el traslado.

Consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante; a la entidad del RPM a recibir sin solución de continuidad al trabajador y se corrija la historia laboral; se condene al pago de las costas y gastos y a los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 3 del archivo 03 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 10 de febrero de 1956; que se afilió al RPM el 1° de enero de 1998; que es Colpensiones quien debe recibir al afiliado; que el 1° de enero de 1998 se trasladó a Porvenir S.A. pero sin contar con la información idónea para ello; que cotizó al RAIS un total de 1118 semanas; que se debió informar al trabajador la imposibilidad de retornar al RPM cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para



adquirir el derecho a la pensión; que la mesada pensional entre uno y otro régimen es disímil; que elevó derecho de petición ante Porvenir y Colpensiones el 1° de octubre de 2020 solicitando la ineficacia del traslado.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, no obra prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o exista algún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (archivo 08, del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado en el año 1998 estuvo precedido de la voluntad y una decisión libre e informada del afiliado. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 11 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 1° de diciembre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia de la afiliación



efectuado por el demandante; **declaró** que el demandante se encontraba afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **ordenó** a Porvenir trasladar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual que hubiese realizado el afiliado; **ordenó** a Colpensiones recibir las sumas de dinero provenientes del RAIS; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Si nos remitimos al interrogatorio de parte el despacho debe apartarse de la tesis que plantea el doctor Santiago apoderado Porvenir, ello en la medida que si bien es cierto el demandante reconoce que le indicaron que estuvo al momento de trasladarse habría ido pues una pensión construida a partir del ahorro y a partir de los rendimientos y si bien es cierto él refiere haber leído el documento y recibir extractos de tales afirmaciones o aceptaciones expresas por parte del demandante, no puede predicarse que con estas simples algunas características del sistema conlleve a que se indicó al demandante cuáles eran las consecuencias que implicaba para su traslado la configuración de los requisitos pensionales, nótese como para él no era claro cómo se conformaba el derecho pensional en el RAIS, en el régimen de prima media, como tampoco se dan cuenta de elementos o características mucho más profundas en el régimen de ahorro individual con solidaridad que haya conocido el demandante o que le hayan sido objeto de asesoría, es por tal razón que tampoco sé confiesa por la parte demandante en el tema relativo a las consecuencias del traslado...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que las pruebas para demostrar la falta de información suministrada a la hora del traslado, dado que, no se pueden exigir pruebas adicionales al formulario de afiliación, para la época en que fue efectuado el trámite; que, con el interrogatorio de parte, se puede constatar que la AFP si le brindó la debida asesoría al demandante; que el demandante ratificó su deseo de permanecer en la entidad al permanecer por más de 20 años en ella; que se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM; que el monto de la mesada pensional no es un hecho que configure una nulidad o ineficacia del traslado efectuado; que tampoco es viable ordenar la



devolución de comisiones de administración, al ser un concepto legalmente autorizado para descontar; que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones si se ordena la devolución de este emolumento; que se ha configurado la prescripción frente a la devolución de las comisiones, al no ser parte integral de la pensión.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que el retorno del demandante al RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y encontrarse incurso en una prohibición legal para ello, al faltarle menos de 10 años para el reconocimiento pensional; que no se puede alegar falta de conocimiento, dado que, las normas son públicas y de obligatorio cumplimiento; que la AFP cumplió con los requisitos legales para la época del traslado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

La parte **demandante**, solicita se confirme la sentencia emitida al no encontrarse acreditado que Porvenir hubiese suministrado la información suficiente al actor al momento de su traslado, de conformidad con lo dispuesto respecto a la carga dinámica de la prueba; que el monto de la mesada pensional dista entre uno y otro régimen pensional.

A su turno, el apoderado de **Porvenir**, reclama la revocatoria de la sentencia, al considerar que, no se encuentra acreditado ningún vicio



del consentimiento con el cambio de régimen y por tanto el traslado es eficaz; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume auténtico y el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria en el año 1998; que la actora exteriorizó su deseo de permanecer en el RAIS, al permanecer por más de 23 años afiliada a la entidad; que no es viable imponer cargas distintas a las vigentes para la fecha del traslado y finalmente, que, ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto configura un enriquecimiento sin causa.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria del fallo, al estimar que no se cumplen los requisitos legales para regresar al Régimen de Prima media por parte de la actora; adicionalmente, que no se avizoran causales de nulidad conforme a los lineamientos civiles; en tercer lugar, que resulta desproporcional invertir la carga de la prueba y la declaratoria de ineficacia generaría una descapitalización del sistema pensional, por lo que, en su sentir, también debe estudiarse la prescripción y caducidad de la acción.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 58 del



archivo 03 del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 1° de octubre de 2020.

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 el señor Joaquín Camilo Bleier Caballero 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 la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 30 archivo 03 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 31 archivo 03 y fl. 87 del archivo 11 del expediente digital); simulación pensional efectuada por Porvenir (fl. 37 archivo 03 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas en Pensiones (fl. 41 archivo 03 del expediente digital); peticiones incoadas ante Porvenir y Colpensiones (fl. 46 y 58 archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 59 archivo 03 del expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 62 archivo 03 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 63 archivo 03 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 64 archivo 03 del expediente digital); relación histórica de movimientos Porvenir (fl. 71 archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 93 archivo 03 del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 09 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de



imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas».*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para



obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»(Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la



medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:



«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La



actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no



solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema



General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado 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 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 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 el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de mayo de 1986 al 31 de diciembre de 1997, tal como se advierte de la historia laboral acopiada tanto por el demandante como por Colpensiones, para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 9 de noviembre de 1998 (fl. 66 del archivo 11 del expediente digital), fondo, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en informar que, *“pues en esa época año 98 se presentó una persona de Porvenir a la oficina, hizo*



un traslado de varias cuentas desde el instituto de seguro social a Porvenir y yo pues participé de eso porque, pues las condiciones que nos ofrecieron eran mucho más benéficas que las que tenía el seguro social y la condición del fondo de pensiones parecía muchísimo mejor que la que era el seguro social en ese momento”.

Que el asesor le informó que las semanas cotizadas al extinto Instituto de Seguros Sociales no se perderían, “*que había continuidad*”; que se abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre, así como, la generación de rendimientos respecto a los aportes que realizara y que la pensión se dependería del capital que ahorrara, que firmó en forma libre y voluntaria el formulario de afiliación y ha recibido los extractos de su cuenta, pero no recuerda si le hablaron de la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

Pero disiente respecto a la información o posibilidad de heredar las cotizaciones por parte de sus beneficiarios, así como, tampoco le informaron cuáles eran los requisitos para ser acreedor al reconocimiento pensional tanto en el RPM como en el RAIS; ni que podría pensionarse en forma anticipada.

El motivo para retornar a Colpensiones es por cuanto considera que, “*las condiciones son muchísimo mejor en Colpensiones que en Porvenir, Porvenir está más que todo dedicado a cuidar sus propios intereses económicos y no el de los afiliados, el rendimiento no ha sido bueno y lo que ofrecen, las condiciones hoy en día no son buenas y las de Colpensiones son mejores, para a mi modo de ver y que yo no fui debidamente informado, me parece que es irresponsable de parte de Porvenir ese manejo de afiliados*”

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues se puede constatar que no le informaron respecto a las características mínimas 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 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 del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima, al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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 las demandadas, 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.

Fue alegado en la alzada, el estudio del fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.



Finalmente, se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor del demandante, Joaquín Camilo Bleier Caballero, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 1° de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOAQUÍN CAMILO BLEIER CABALLERO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, dadas las resultas de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luís Alfredo Barón Corredor', with a large, stylized initial 'L'.

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, stylized initial 'D'.

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 del demandante, JOAQUÍN CAMILO BLEIER CABALLERO, en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

A handwritten signature in red ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a faint, larger signature in black ink.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **ARMANDO FLÓREZ PINZÓN** 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 treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Belcy Bautista Fonseca**, identificada con cedula de

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

2

ciudadanía No. 1.020.748.898 de Espinal Tolima y tarjeta profesional 205.907 del C.S. de la J., para que actúe en representación Colpensiones, por sustitución concedida por la **Dra. Claudia Liliana Vela**.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ARMANDO FLÓREZ PINZÓN** a través de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por omisión en el deber de información; como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP Porvenir S.A. su traslado en pensiones junto con los aportes y rendimientos consignados en su cuenta de ahorro individual; ordenar a Colpensiones aceptar su traslado como administrador del Régimen de Prima Media con prestación Definida, al igual que acreditar en su historia laboral las semanas de cotización comprendidas entre el mes de agosto de 1979 y el mes de diciembre de 1994 a cargo del empleador Procesar Ltda. en Liquidación, las cuales se encuentran en mora, o liquidar y expedir el comprobante, para su respectivo pago conforme al proceso de recuperación de semanas; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 2 y 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 7 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 2 de julio de 1957. Que en el mes de julio de 1975, comenzó a efectuar aportes al otrora ISS. Que el 1º de mayo de 2004, se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, motivado en una simulación pensional que le efectuó su asesor comercial, según la cual su pensión sería mayor a la obtendría en el RPM, de la que no se le entregó copia, dado que, según la citada, la asesoría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que le fue dada se efectuó de manera verbal. Aduce que nunca ha recibido ningún tipo de información sobre los parámetros de cálculo de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional, antes del año 2018. Indica que Porvenir no le asesoró sobre su posibilidad de retornar al RPM con prestación definida hasta el 2 de julio de 2009. Que conforme a las diferencias entre el monto pensional que se obtendría en uno u otro régimen, solicitó su traslado a Colpensiones, mismo que le fue negado bajo el argumento que le faltaban 10 años o menos para adquirir la edad mínima de pensión. Que Porvenir tampoco le informó que los aportes reportados en su historia laboral no coincidían con el total de períodos por él laborados y que por ello, no era viable trasladarse de régimen en cualquier tiempo, conforme al precedente jurisprudencial desarrollado en torno al tema. Señala que Porvenir se negó a desplegar trámite de recuperación de semanas, argumentando que las mismas corresponden a periodos anteriores a su afiliación a dicha administradora, solicitud a la cual también se negó Colpensiones, aduciendo que tal gestión correspondía a la AFP Porvenir, lo cual le ha impedido retornar el RPM en cualquier tiempo.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones, al considerar en esencia que, la vinculación de la parte demandante con la AFP en el año 2004 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que tal decisión fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación 10666931 que este suscribió - 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 conforme a los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Agrega que la accionante recibió asesoría íntegra, veraz y oportuna sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 184 a 203).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, no obra prueba que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la activa; al contrario se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls. 140 a 159).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 4 de agosto de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS el 31 de marzo de 2004, por intermedio de la AFP Porvenir S.A.; **declarar** que el demandante se encuentra afiliado a Colpensiones como administradora del RPM; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración; **ordenar** a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, reactivar la afiliación del actor y realizar las gestiones de cobro para que los ciclos en mora del período comprendido entre el 1° de enero de 1979 al 31 de diciembre de 1994, se reflejen en la historia laboral y su recaudo haga parte del RPM, para lo cual podrá repetir en contra de Porvenir por las omisiones que eventualmente se hayan generado en la gestión de cobro de estos ciclos; **ordenar** a la AFP Porvenir realizar el traslado de las cuotas de administración por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado y a cargo de su propio patrimonio, para lo cual se conmina a Colpensiones a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas; **declarar** no probadas las excepciones de prescripción y de inexistencia del derecho; **condenar** en costas a la Porvenir S.A. (Cd. a folio 266).

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 haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Agrega que correspondía entonces a ambas demandadas realizar las gestiones de cobro de los períodos del actor reportados en mora en su historia laboral, mientras este estuvo afiliado a cada una, sin embargo, al retrotraerse la afiliación al RPM tal obligación retrona a Colpensiones, pudiendo repetir la citada en contra de Porvenir, por su omisión mientras el accionante estuvo vinculada a esta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado. Agrega que el demandante no buscó asesoría sobre el traslado de régimen, pese a que le asisten obligaciones en calidad de consumidor financiero a la luz del Decreto 2550 de 2010. Acota que para esa época no se exigía documentar por escrito la asesoría brindada y bastaba la suscripción del formulario de afiliación, en el cual consta que se le informó sobre las implicaciones del traslado en relación con el régimen de transición, al igual que sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS, su forma de financiación y el derecho al retracto que podía ser ejercido en un término de 5 días, siguientes a la suscripción del formulario, por manera que su traslado es plenamente válido y eficaz, el cual en todo caso se encuentra ratificado, dada su permanencia en la AFP por más de 20 años, sin manifestar inconformidad. Indica que no es procedente la devolución de los gastos de administración, conforme a lo indicado en la Ley 100 de 1993 y lo referido por la Superintendencia Financiera, a más que los mismos constituyen una retribución por su buena gestión sobre la cuenta de ahorro individual del demandante, la cual reportó un incremento en su capital, siendo claro que su devolución representa un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Aduce que no es procedente la condena en costas impartida en su contra, ya que siempre dio cumplimiento a la normatividad vigente y respetó la autonomía de la voluntad de las partes, sumando a ello que, el valor de las agencias en derecho reconocido por el Juzgado de Conocimiento resulta desproporcionado.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

7

de disidencia que la decisión del *a quo* puede estar causando una afectación económica a la entidad, toda vez que se desconoce si los aportes del actor que le serán entregados, son suficientes para un eventual reconocimiento pensional. Añade que la inversión de la carga de la prueba a la que alude la Corte Suprema de Justicia, tiene lugar únicamente en los casos en los cuales se ven afectadas expectativas legítimas o derechos ya consolidados, y no en situaciones en las cuales el afiliado se encontraba en plena construcción de su derecho pensional, como es el caso del actor, resultando desproporcionado no exigir de este la demostración de su manifestación, relativa a que no se le brindó la debida asesoría. Concluye advirtiendo que cuando el actor en su interrogatorio de parte afirmó que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, es posible inferir que se le suministró la información a que había lugar, para que naciera el acto jurídico celebrado.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo procesal refiere que nunca recibió por parte de la administradora del RAIS información suficiente, clara, oportuna, transparente, para tomar la decisión de optar por el régimen de pensiones que mejor consultara sus intereses. Añade que está plenamente probado y así lo apreció el Juez de primera instancia, el incumplimiento de COLPENSIONES y de PORVENIR a su deber legal de adelantar las gestiones de cobro en interés del actor, cuando se encontraba afiliado a esas entidades, por lo que la decisión debatida debe ser confirmada por el Tribunal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que 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, afirmó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dispone que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, no se evidencia reclamación elevada ante Colpensiones en la cual se haya solicitado la ineficacia del traslado, por lo que se entiende su agotamiento con la presentación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 ARMANDO FLÓREZ PINZÓN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, documento de identificación del accionante (fl. 46), historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fls. 47 a 50 y 223 a 248), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 51 a 55 y Cd. a folio 164), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 56 a 84 y 103 a 114), simulación pensional (fls. 84 a 100), formulario de afiliación a Colpensiones y su respuesta negativa (fls. 101 a 102), historial de afiliación SIAFP ASOFONDOS (fls. 220 a 221), formulario de afiliación a las AFP Porvenir y certificación de vinculación (fl. 222 y vuelto), historia laboral válida para bono pensional (fls. 249 a 251), comunicados de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prensa (fls. 251 vuelto a 256), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Cd. a folio 263).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Ren 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



33201900331 01

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».



33201900331 01

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



33201900331 01

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



33201900331 01

a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. **Debida Diligencia.** Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente



33201900331 01

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 conjuge 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



33201900331 01

permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.
4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.
6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les



permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría,	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales,

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el



33201900331 01

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.



33201900331 01

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 9 de junio de 1975 hasta el 30 de abril de 2004, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Cd. a folio 164), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 31 de marzo de 2004 (fl. 222), fondo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación militante a folio 222 vuelto; 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 al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 222).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que cuando se trasladó a la AFP Porvenir, el asesor de la citada, con base en unos cálculos que este efectuó, le indicó que era mucho más beneficioso vincularse al RAIS, dado que allí podría obtener una pensión superior al 75% del último salario devengado, sin embargo no le entregó constancia de esos cálculos. Adujo que leyó el formulario de afiliación, además que le habló de un bono pensional, así como de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los aportes voluntarios, pero le aconsejó no realizar estos últimos porque no era conveniente ante sus altos ingresos (Cd. a folio 263).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues pese a que sí se le indicaron algunas características del RAIS al demandante, lo cierto es que tal asesoría no cumple la condición de ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

completa en los términos de la jurisprudencia, 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 que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora 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 el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al 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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de la administradora de fondos de pensiones, quien logró rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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



33201900331 01

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

Se aclara que, 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.

Finalmente, se resalta que tampoco merece ningún reproche la orden dada por el *a quo* relacionada con el despliegue de las acciones de cobro por parte de Colpensiones, sobre ciclos en mora que se reporten respecto de los empleadores del actor, una vez este retorne como afiliado ante la encartada, puesto que ello corresponde a una obligación que debe ejecutar la citada respecto de sus asegurados, por disposición de la Ley 100 de 1993.

COSTAS

La demandada Porvenir S.A. manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada el Juez de primer grado acertó al imponer condena en costas a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cargo de la AFP Porvenir, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas, cuyo monto no debe ser objeto de revisión en esta decisión, por cuanto el momento procesal para ello, lo es el recurso de apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, en los términos de la normatividad *ejusdem*.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 4 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ARMANDO FLÓREZ PINZÓN** contra **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 condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201900331 01

28

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 S.A. 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 **ELIZABETH VASQUEZ MORALES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar a Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con C.C. No. 1.049.614.551 de Tunja y portadora de la T.

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»



P. No. 246.554 expedida por el C. S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, conforme al poder de allegado 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 ELIZABETH VASQUEZ MORALES, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuada a Porvenir S.A., al no haber estado precedido con la suficiente información; se declare que la afiliación válida es la efectuada a Colpensiones.

Consecuencia de lo anterior reclama se ordene a Colpensiones y a Porvenir realizar las gestiones pertinentes para declarar ineficaz el traslado efectuado el 1° de febrero de 2004; a trasladar al RPM la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora y a Colpensiones a recibirlos; que se corrija la historia laboral; se condene a las costas y gastos del proceso.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 3 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 19 de febrero de 1963; que se afilió al RPM el 1° de febrero de 1982; que el 1° de febrero de 2004 se trasladó a Porvenir sin la suficiente información para tomar tal determinación; que el fondo de pensión debió informar a la actora su posibilidad de regresar a Colpensiones antes de febrero de 2010; que ha efectuado cotizaciones con un Ingreso Base de Liquidación de \$3.362.550; que presentó derecho de petición a Porvenir y Colpensiones el 9 de febrero de 2021 tendiente a obtener



la ineficacia del traslado; que recibió respuesta desfavorable de Colpensiones el 9 de febrero de 2021.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, no obra prueba alguna que demuestre que a la actora se le hizo incurrir en error o que se estuvo en presencia de un vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; saneamiento de la nulidad alegada; inexistencia de causal de nulidad; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica (archivo 15).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado por la demandante fue libre, voluntaria e informada tal y como quedó plasmada en la solicitud de vinculación a la entidad. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 19 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cinco (35°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 16 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir y a trasladar los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus



respectivos rendimientos; **condenó** a Porvenir a pagar con su propio patrimonio los gastos de administración; **condenó** a Colpensiones a afiliarse a la actora y a recibir los aportes provenientes del RAIS; **condenó** en costas a Porvenir; **ordenó** la consulta de la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...La corte señaló que Porvenir debía demostrar que le dio esa información de la manera indicada, sin embargo no está acreditado en el expediente porque lo único que intentó hacer Porvenir y Colpensiones fue hacer un simple interrogatorio de parte del cual ya sabemos siempre los resultados que se arrojan que pues la señora Vázquez no contó con la ilustración suficiente para su traslado, entonces como no se demostró así claramente que le hubieran dado esa información en su oportunidad se declarara la ineficacia de la afiliación....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.**, reclama que la sentencia debe ser revocada en su integridad, al estimar que no se encuentra acreditado un dolo; en segundo lugar, que la demandante firmó el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria, en el que manifiesta conocer sobre bonos pensionales, régimen de transición y lo atinente al sistema general de pensiones; por otro lado, señala que se requieren documentos y pruebas inexistentes para la época del traslado; finalmente, señala, que, los descuentos de gastos de administración se encuentran reglados en la Ley y no son parte integral de la pensión, por lo que deben verse afectados por el fenómeno de la prescripción.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia al estimar que las normas atinentes se encuentran regladas en la Ley 100 de 1993 y por ello, la ineficacia debe sujetarse a dicha preceptiva legal; que la entidad actuó de buena fe y por ello, debe ser resarcidos los daños causados a esta; que se debe



exigir a la AFP los requisitos aplicables a la fecha del traslado y no posteriores; que no se encuentra acreditado el error, fuerza o dolo; que la actora informó que conocía las condiciones de uno y otro régimen y decidió permanecer en el RAIS; que la actora no se puede beneficiar de las cotizaciones realizadas por otros afiliados.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

La parte **demandante**, solicita se confirme la sentencia emitida al no encontrarse acreditado que Porvenir hubiese suministrado la información suficiente al actor al momento de su traslado, de conformidad con lo dispuesto respecto a la carga dinámica de la prueba; que el monto de la mesada pensional dista entre uno y otro régimen pensional.

A su turno, el apoderado de **Porvenir**, reclama la revocatoria de la sentencia, al considerar que, no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento con el cambio de régimen y por tanto el traslado es eficaz; que el formulario de afiliación es un documento público y se presume auténtico y el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria en el año 2004; que la actora exteriorizó su deseo de permanecer en el RAIS, al permanecer por más de 17 años afiliada a la entidad; que no es viable imponer cargas distintas a las vigentes para la fecha del traslado y finalmente, que, ordenar la devolución de sumas diferentes a las regladas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que esto configura un enriquecimiento sin justa causa.



El apoderado de **Colpensiones**, solicita la revocatoria del fallo, al estimar que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, que no obra prueba alguna que acredite los vicios del consentimiento y resulta imposible probar hechos ocurridos en el año 2004, es decir, hace más de 18 años e imponer cargas desproporcionados a los entes de seguridad social, que no se encontraran vigentes para la época del traslado; que dado el nivel educativo de la actora no puede considerarse como una afiliada lega y la declaratoria de ineficacia generaría una descapitalización del sistema pensional, finalmente señala que, no se acreditó en el trámite procesal el perjuicio causado a la demandante.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 59 del archivo 01 del expediente digital y en el cual se señala como fecha de reclamación el 9 de febrero de 2021.

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 la señora Elizabeth Vásquez Morales 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 la cédula de ciudadanía (fl. 29 archivo 01); certificado de afiliación a



Colpensiones (fl. 30 archivo 01); reporte de semanas cotizadas en pensiones (fl. 31 archivo 01); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 35 archivo 01 y fl. 78 archivo 19); reclamación adelantada ante Porvenir y Colpensiones (fl. 48 y 59 archivo 01); contestación de Colpensiones a petición incoada (fl. 70 archivo 01); certificado emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 72 archivo 19); certificado emitido por Porvenir (fl. 76 archivo 19); formulario de afiliación suscrito ante Porvenir (fl. 77 archivo 19); relación histórica de movimientos de Porvenir (fl. 90 archivo 19); relación de aportes (fl. 120 archivo 19); certificado SIAFP emitido por Asofondos; historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 16); expediente administrativo del demandante (archivo 17).

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 acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información



suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital,



sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 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.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación



existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapaa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras 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 el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde



el 1° de febrero de 1982 al 28 de noviembre de 1991, tal como se advierte de la historia laboral acopiada por Colpensiones (archivo 16 del expediente digital), para luego solicitar su traslado a la AFP Porvenir S.A., el 5° de febrero de 2004 (fl. 77 del archivo 19 del expediente digital), 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en informar que, *“el colegio me entregó los documentos requeridos para iniciar el trabajo, pues los documentos de trabajo, de pensión, de seguros y de todos los documentos requeridos, fue como una charla de 10 o 15 minutos, me preguntaron los datos, ellos iban anotando los datos, me dijeron que mi pensión iba a estar en Porvenir, yo no le vi ningún problema porque yo no sabía, me imaginé que era lo mismo de Colpensiones y pues a mí no me explicaron, no me dieron ninguna asesoría de Porvenir, no me dijeron que como iba a ser la cuestión, es decir, no me explicaron las ventajas y desventajas de Porvenir, no me explicaron el reglamento, no me dieron una proyección pensional y yo pues tranquilamente pensé que era lo mismo que Colpensiones y fui firmando todos aquellos documentos, entre ellos el de pensión, yo me imaginé que era muy*



similar al de Colpensiones, entonces por eso yo fui firmando el documento de la pensión y después me di cuenta que pues fue un engaño porque realmente cuando yo me di cuenta, yo iba a salir pensionada con un mínimo” que al suscribir el formulario de afiliación lo único que le solicitaron fue información personal y la asesoría fue brindada en forma grupal.

Al auscultársele frente a la suscripción del formulario de afiliación, informó que, no lo leyó, que, se limitó a suscribirlos; que no sabía mucho en lo tocante a los fondos de pensiones y por ello, pensó que Porvenir era similar a Colpensiones, a la hora de firmar el documento.

Cuando se le indagó sobre la asesoría respecto a la cuenta de ahorro individual, la demandante, la confundió con la cuenta de nómina o ahorros, en el que le era pagado su salario mensual; informó que no le informaron que pasaría con los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues se puede constatar que no le informaron respecto a las características mínimas 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 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 el sentenciador 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 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 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 gastos de administración, 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.



Fue alegado en la alzada, el estudio del fenómeno prescriptivo, para tal efecto, considera esta Sala de Decisión, resolver tal dicotomía, de acuerdo a los postulados emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL 2329 del 2 de junio de 2021, la cual ha sido enfática al precisar que, no es procedente declarar la prescripción cuando se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen.

Al declararse la ineficacia del traslado y ser esta imprescriptible, los derechos que se reconozcan como consecuencia de tal manifestación, también lo son, al ser derechos de carácter irrenunciables, al provenir del sistema de seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Consecuencia de lo anterior, no se declarará probada la excepción de mérito propuesta y alegada en el recurso.

Finalmente, se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones a favor de la demandante, Elizabeth Vásquez Morales, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

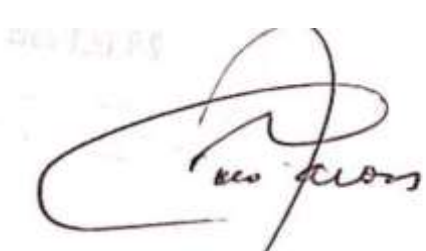
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ELIZABETH VÁSQUEZ MORALES** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR**.

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, dadas las resultas de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
(Salva voto)



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, ELIZABETH VÁSQUEZ MORALES, en la suma de CUATROSCIENTOS 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 positioned above the name. The signature is fluid and stylized, with a large loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ÁLVARO ENRIQUE DE JESÚS DUEÑAS ACERO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. 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 treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), 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.

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Nicolás Eduardo Ramos Ramos**, identificado con

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 1.018.469.231 de Bogotá y tarjeta profesional 365.094 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir, por sustitución concedida por la Dra. Jennifer Lorena Molina Mesa.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ÁLVARO ENRIQUE DE JESÚS DUEÑAS ACERO** a través de apoderada judicial, solicita se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Protección S.A. y posteriormente, a la AFP Porvenir S.A., por omisión en el deber de información, al igual que se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de los aportes efectuados en el RAIS desde el 1º de febrero de 1995, junto con sus rendimientos financieros y su historia laboral; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folio 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 vuelto a 5 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 10 de diciembre de 1960; que entre los años 1981 y 1993 prestó sus servicios a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, además, el 31 de mayo de 1993, comenzó a efectuar aportes al otrora ISS. Refiere que el 1º de marzo de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección, sin recibir la información transparente y necesaria que la garantizara la correcta decisión de elección de régimen pensional, pues no se le presentaron proyecciones pensionales, ni se le refirieron las ventajas y desventajas de su traslado, ya que únicamente se le indicó que en el nuevo régimen podía pensionarse a cualquier edad, con las mismas expectativas que tenía en el RPM, en el cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estaban en peligro sus cotizaciones, dada la inminente liquidación del ISS. Aduce que posteriormente, el 24 de abril de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin recibir ninguna asesoría relacionada con su expectativa pensional. Aduce que al presentarse diferencias en la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen, solicitó ante las demandadas la ineficacia de su traslado y la activación de su afiliación al RPM, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable por la AFP Porvenir, pues la demás convocadas no le brindaron respuesta alguna.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, acotando que conforme al formulario de vinculación que suscribió el señor Álvaro Enrique de Jesús Dueñas, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Añade que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente. Refiere que tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga ineficaz y/o nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los Decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fe, traslado de la totalidad de aportes a Porvenir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, y la innominada o genérica (fls. 109 a 119).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, no se configura ninguna causal que haya viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias con la AFP Protección, como quiera que la vinculación se efectuó de manera espontánea, libre, consciente y voluntaria, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Agrega que la activa se encuentra a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la genérica (fls. 58 a 83).

Por su parte, 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, le competía a la parte demandante acreditar los supuestos vicios del consentimiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

alegados, no obstante, en los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo, más aun cuando tenía conocimiento de las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS, pues fueron informadas por el asesor comercial de manera verbal al momento de su afiliación, mismas que en encontraban en dominio público, de suerte que si el actor hubiese sido una persona diligente, los habría consultado en la Ley 100 de 1993. Concluye indicando que siempre puso a su disposición canales de atención que el afiliado nunca utilizó. **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. 139 a 166).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 13 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS el 1° de abril de 1995, por intermedio de la AFP ING hoy Protección S.A.; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra; **condenar** a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este, por concepto de gastos de administración, comisiones o cualquier otro; **declarar** no probada la excepción de prescripción; **condenar** en costas a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. (Archivo de audio 01 carpeta 15 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no es procedente la orden impuesta por devolución de gastos de administración, dado que los mismos se efectúan conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 7º, los cuales operan en ambos regímenes pensionales y tienen como fin cubrir los gastos de administración y la prima del seguro previsional. Adiciona que obra prueba de la buena administración de los recursos del demandante, los cuales reportaron excelentes rendimientos financieros, según se puede observar en el certificado de cuenta adosado en el expediente, por manera que la AFP tiene derecho a conservar la comisión descontada. Agrega que la orden de devolución de tales dineros constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en tanto la citada recibiría una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez del actor, a más que ya existe orden de devolución de los rendimientos financieros obtenidos por la AFP Protección. Indica que la prima de seguro ya fue girada a la aseguradora, con el fin de cubrir los riesgos de invalidez y muerte, encontrándose la AFP imposibilitada de solicitar su devolución por tratarse de un tercero de buena fe, que en nada intervino en el negocio jurídico celebrado. Concluye afirmando que, sobre el cobro del 3% destinado a cubrir los gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

periodicidad que impone la ley, a más que no financia directamente la prestación económica por vejez.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que el traslado del actor al RAIS es completamente válido y produce efectos jurídicos entre las partes, al ser producto de un consenso que estuvo precedido de la información ofrecida por las AFP demandadas, pues se asesoró al convocante sobre las condiciones, características, ventajas y requisitos para construir su pensión en dicho régimen, la cual se constituye en el tipo de información exigido para la época. Indica que no se probó ningún vicio del consentimiento como el error la fuerza o el dolo, y por el contrario, el demandante al firmar el contrato de administración de pensiones, convalidó de manera libre y voluntaria el traslado al RAIS, lo cual se vio ratificado con su permanencia por más de 10 años. Resalta que el actor no es un afiliado lego, al ostentar la profesión de abogado, a más que en el interrogatorio de parte se pudo constatar que trabajaba para la DIAN y que al momento de su afiliación el promotor de la AFP Protección le brindó información sobre la posibilidad de recibir rendimientos financieros, siendo ello la motivación de su traslado, a más que no fue coaccionado de ninguna manera, lo cual se torna inconsistente con lo afirmado en *libelo genitor*, cuando indicó que no recibió ninguna asesoría, lo cual es inconsistente con lo afirmado en el escrito de demanda.

Refiere que el actor no es ajeno al campo de las finanzas y el sistema pensional, por manera que su conducta omisiva no encuentra justificación para solicitar la ineficacia de su afiliación al RAIS, encontrándose próximo a cumplir 62 años. Resalta que los traslados entre administradoras de pensiones constituyen actos de relacionamiento, como así lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SLC 3752 de 2020; sumando a ello que la decisión proferida por el *a quo* afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pese a que se ordenó la devolución de todos los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aportes efectuados por el demandante, de manera que en el caso analizado debe darse aplicación del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que deben ser estudiadas las circunstancias particulares de cada caso y no dar aplicación homogénea de su precedente, acotando que en el *sub judice* no concurren causales para invalidar el acto jurídico de traslado del accionante, pues este realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir, estando obligada la citada únicamente a brindarle información sobre las consecuencias que acarrearía el mismo, por lo que no puede atribuirsele cargas que no estaban en cabeza suya, máxime que aun no estaba vigente el deber del buen consejo. Agrega que no era posible efectuar proyecciones al demandante, pues para la calenda de afiliación, la sociedad no podía brindarle al demandante un valor exacto de su mesada pensional, porque no existía certeza sobre la consolidación de la prestación. Refiere que el convocante ya se encontraba titulado como abogado, por lo que debió tener la precaución y la diligencia, ahondando en la información que le fue suministrada por Porvenir; por el contrario, su actuar denota un total desinterés frente a las condiciones y a la situación de su ahorro pensional, acotando que al realizar distintos traslados dentro del RAIS, se evidencian actos de relacionamiento que permiten advertir un claro conocimiento sobre las características y condiciones del régimen, en atención a lo definido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL478 de 2018.

Agrega que no es procedente la devolución de gastos de administración, porque si la consecuencia de la nulidad se circunscribe a entender que el acto jurídico nunca tuvo lugar, no resulta lógico ordenar el traslado de los rendimientos financieros, que no se hubieren generado de permanecer el RPM, a más que de privar a los afiliados de los mismos, se actuaría en contravención de lo establecido el artículo 897 del C.Co., como así lo ha definido la sentencia 3201 del 2018, emanada de la Corte Suprema de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Justicia. Señala que ha destinado los gastos de administración y las sumas previsionales únicamente para amparar al demandante de los riesgos de invalidez y muerte, contratando unos seguros que ya han sido pagados a lo largo de su vinculación; además, también se han invertido tales dineros en el único propósito de obtener rendimientos financieros de los que hoy goza, de manera que a las voces de lo definido por la Superintendencia Financiera, las restituciones deben realizarse conforme a lo señalado por el Decreto 3995 del año 2008 en su artículo 7°.

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** al descorrer el traslado otorgado, afirmó que no se acreditó con suficiencia probatoria que la afiliación del demandante con el RAIS para el mes de marzo de 1995, estuviera afectada de nulidad o ineficacia, por el contrario, la aceptación, voluntaria, libre y sin presión de trasladarse de régimen, tuvo como consecuencia la suscripción del formulación de administración de pensiones obligatorias del demandante, prueba de ello es la firma impresa en el respectivo formulario de afiliación que proviene del demandante y que no fue tachado de falso por éste; sumando a ello que de haberse incurrido en algún vicio del consentimiento, la vinculación fue ratificada durante más de (10) años, pues en 1998 decide vincularse con la AFP PORVENIR S.A.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, refiere en síntesis que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Añade que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Refiere que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, porque tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 30 a 31 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 ÁLVARO ENRIQUE DE JESÚS DUEÑAS ACERO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN antes DAVIVIR, 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 digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 16), historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fls. 17 a 21 y 170 a 174), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 22 y 184 a 187), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 24 a 35, 125, 128), simulación pensional (fl. 36),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

formulario de afiliación a la AFP Davivir hoy Protección (fls. 124 y 129), hoja de vida asesora comercial (fl 130), reporte estado de cuenta AFP Protección (fls. 126 a 127), historial de afiliación SIAFP ASOFONDOS (fls. 131 y 167 a 169), constancia de traslado de aportes (fls. 132 a 134), comunicados de prensa (fls. 135 a 137), formularios de afiliación a las AFP Porvenir y Horizonte (fls. 175 a 176), certificación emanada de la AFP Porvenir (fl. 177), historia laboral válida para bono pensional (fls. 178 a 181), expediente administrativo del demandante allegado por Colpensiones (Cd. folio 183), e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y las representantes legales de las AFP Porvenir y Protección S.A. (Archivo 01 carpeta 7 Cd. folio 288).

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Ren 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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



36201900625 01

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

36201900625 01

mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitivos y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

36201900625 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

36201900625 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

36201900625 01

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 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	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.



36201900625 01

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.



36201900625 01

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante prestó sus servicios a favor de la DIAN del 2 de noviembre de 1981 al 10 de mayo de 1993 (fl. 178); además, se vinculó al Régimen de Prima Media a través del otrora ISS desde el 31 de mayo de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 184), para luego trasladarse a la AFP Davivir hoy Protección el 21 de marzo de 1995, conforme se advierte del formulario de afiliación (fl. 129); posteriormente, el 24 de abril de 1998, se afilió a la AFP Porvenir S.A. (fl. 175), para luego, trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 4 de marzo de 2004 (fl. 176), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación militante a folio 177; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Davivir hoy Protección, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación ((fl. 129).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que fue visitado por un promotor de Davivir a la empresa en que trabajaba para la época del traslado, acotando que únicamente se le indicó que en el RAIS tendría las mismas condiciones pensionales que en el ISS, e incluso, podría pensionarse de manera anticipada; añade que para la época era abogado y estaba estudiando su especialización en derecho Corporativo y Societario; que posteriormente se afilió a la AFP Porvenir porque comenzó a prestar sus servicios a favor de la Secretaría de Hacienda Distrital, en donde todos sus colaboradores hacían parte de dicha sociedad. Acota que no se le informó sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual o la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y que la inseguridad ofrecida por la entidad estatal lo motivó a optar por el traslado. Concluye indicando que no le brindaron ninguna información sobre beneficiarios y que no se sintió coaccionado al firmar los formularios de afiliación (Archivo 01 carpeta 07 Cd. a folio 288).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Davivir hoy Protección que se traduce en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones



pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante su profesión u oficio, ora 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.

Circunstancia esta que no se subsana con los distintos traslados efectuados por el demandante, como quiera que en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P, Gerardo Botero Zuluaga, la Corporación moduló que:

«(...) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador». (Subraya fuera de texto).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 al 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, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. argumentando que su descuento se encuentra sustentado en la ley, y su traslado implica desconocer la gestión de las administradoras de fondos de pensiones, quienes logró rentar el capital aportado por la parte activa en su cuenta de ahorro individual.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 las AFP apelantes, 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 las AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración surge 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, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS

Se confirma la decisión en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 13 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ÁLVARO ENRIQUE DE JESÚS DUEÑAS ACERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se conforma la condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.



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

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección, la AFP Porvenir S.A. 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-